

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CAIO VIEIRA DE MELLO

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA:
A AFASTABILIDADE NOS CASOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR CULPA DA
FRANQUEADORA

FLORIANÓPOLIS

2015

CAIO VIEIRA DE MELLO

**CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA:
A AFASTABILIDADE NOS CASOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR CULPA DA
FRANQUEADORA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, na área de Direito Empresarial e
Direito Contratual.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva
Neto

**FLORIANÓPOLIS
2015**

Autor: Caio Vieira de Mello

Título: Cláusula de Não Concorrência: a afastabilidade nos casos de resolução contratual por culpa da franqueadora

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota _____.

Florianópolis/SC, 4 de dezembro de 2015.

Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Professor Orientador

Prof. Dr. Humberto Pereira Vecchio

Membro da Banca Examinadora

Prof. Bráulio Cavalcanti

Membro da Banca Examinadora

À minha família: Maricélia, Renato, Paula e Muriel.

*“Só se pode alcançar um grande êxito quando
nos mantemos fiéis a nós mesmos.”*

Friedrich Wilhelm Nietzsche

Resumo

O objetivo deste trabalho é estudar a eficácia pós-contratual da cláusula de não concorrência nos contratos de franquia nos casos de resolução contratual e, em particular, quando ela se dá por culpa da franqueadora. Para tanto, examinam-se o princípio da livre concorrência e os princípios da autonomia da vontade, função social, obrigatoriedade dos contratos e boa-fé, para demonstrar a influência que impõem na interpretação judicial dos contratos, bem como as hipóteses de concorrência desleal pela utilização indevida do *know how* da franqueadora. Segue-se um estudo aprofundado do conceito, legislação vigente e cláusulas habituais que compõem o contrato de franquia, com enfoque nas causas de resolução do contrato e na cláusula de não concorrência. Por fim, a partir da análise de precedentes e do exposto nos tópicos anteriores, constata-se que a resolução do contrato por culpa da franqueadora fere o princípio da boa-fé e torna a restrição à concorrência disfuncional, de modo que viola a liberdade de concorrer do ex-franqueado – desde que vedada a utilização do *know how* da franqueadora.

Palavras-Chave: Franquia. *Know how*. Boa-fé. Princípios contratuais. Restrição à concorrência. Resolução contratual. Propriedade industrial.

Sumário

INTRODUÇÃO...	11
Capítulo 1 – CONTRATOS E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM AS FRANQUIAS.....	13
1.1. Conceito de Contrato.....	13
1.2. A autonomia da vontade	14
1.3. A obrigatoriedade dos contratos	16
1.4. Função Social do Contrato	17
1.5. Boa-fé (objetiva).....	19
1.6. Livre concorrência e livre iniciativa	22
1.6.1. <i>A concorrência desleal</i>	27
Capítulo 2 – FORMAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA ..	30
2.1. Conceito	30
2.1.1. <i>Know how e segredo de negócio</i>	33
2.2. Formação do Contrato: A Circular de Oferta de Franquia	35
2.3. Modalidades de Franquia	39
2.4. Direito Comparado: Franquia (BRA) x <i>Franchising</i> (EUA).....	41
2.5. Classificação	42
2.6. Cláusulas Contratuais	45
Capítulo 3 – A RESTRIÇÃO À CONCORRÊNCIA E SUA EFICÁCIA PÓS- CONTRATUAL	55
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS... ..	71

INTRODUÇÃO

A concorrência e a proteção da propriedade industrial são preceitos fundamentais tanto da Constituição Federal quanto do mercado. A empresa e/ou o empresário devem ser assegurados da livre concorrência e iniciativa como também devem ser protegidos de práticas que violam a livre concorrência - como, por exemplo, atos de concentração e captação indevida de clientela. Outrossim, necessário que suas invenções, marcas, técnicas e tudo que faça parte de seus segredos de negócio sejam protegidos – e o são, por força da Lei 9.279/96, conhecida como Lei da Propriedade Industrial.

Sob a ótica de viés prático, verifica-se no mercado que, por vezes, empresas encontram barreiras para seu crescimento. A expansão de seu negócio, interestadual ou internacionalmente, demanda investimentos de enorme monta se a sociedade empresária deseja realizar a venda direta ao consumidor. Isso porque terá de deslocar-se à cidade de interesse, por mais longínqua que seja; pesquisar por ponto comercial que encaixe nos padrões desejados para seu negócio; supervisionar e instalar as acomodações necessárias; contratar pessoal e posteriormente gerente/administrador, que maneje o comércio em sua ausência; e realizar a gestão diária desta nova unidade, mesmo distante. Mostra-se complexo.

A empresa em questão, porém, poderá buscar a colaboração de outros empresários para escoar sua produção, por meio de vendas indiretas; o contrato de franquia, aqui objeto de estudo, criou-se, então, como uma forma de distribuição de produtos e serviços. Nele, em regra, há a licença de uso da marca da supracitada empresa franqueadora, e a transmissão de todo o conhecimento necessário para que se crie uma réplica de seu estabelecimento – a intenção é a criação de uma unidade padronizada. Por outro prisma, um empresário que não queira assumir o risco de criar negócio próprio, pode adquirir tais conhecimentos e obter todos esses conhecimentos na forma de Manuais de Procedimento por instrumento do contrato de franquia.

Haja vista a transmissão temporária do *know how*, mediante licença, torna-se necessário que se assegurem medidas de proteção à utilização e divulgação das informações confidenciais tanto durante a vigência do pacto quanto posteriormente. Quase que unanime, os contratos de franquia preveem a chamada cláusula de não concorrência (ou não competição, ou barreira, ou quarentena), que são cláusulas restritivas à concorrência do contratante, limitadas espaço e temporalmente, em vista da proteção à propriedade industrial. Esse conjunto de informações, denominado *know how*, possui a proteção da Lei da Propriedade Industrial.

Como notório, as relações negociais no mercado se dão na forma de contratos. São neles que, segundo a definição clássica, criam-se, extinguem-se ou modificam-se direitos e obrigações. No primeiro capítulo, estudar-se-ão os princípios constitucionais que tecem as relações privadas no intuito de analisar como os princípios contratuais que deles derivam, como a boa-fé, função social e autonomia da vontade exercem influência e moldam a conduta dos contratantes. Da mesma maneira, analisar-se-á qual a influência de tais princípios na interpretação dos contratos pelo Estado, por meio da legislação e do Judiciário, e os casos específicos em que o Estado pode intervir para corrigir eventuais abusividades e equilibrar a livre concorrência, com a finalidade de obter a segurança jurídica necessária para o regular andamento do mercado.

Na segunda parte do trabalho, os princípios supracitados serão aplicados à realidade quando apontadas as práticas comerciais habituais nos contratos de *franchising*. Serão estudados seu conceito; a legislação vigente, qual seja, a Lei 8.955/94 e suas implicações; as definições doutrinárias acerca de segredo de negócio e *know how*, para que se torne possível, à vista disso, a observação das cláusulas que compõem essa espécie de contrato, com ênfase na cláusula de não competição e nas causas e consequências de extinção do vínculo contratual.

Isso posto, demonstrar-se-á no terceiro e último capítulo qual entendimento da jurisprudência pátria quanto à restrição de concorrência, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto nos precedentes dos Tribunais de Justiça sobre a temática. Serão analisados os requisitos e consequências dessa disposição nos contratos de franquia com alicerce nas concepções abarcadas no primeiro capítulo, com o objetivo de fundamentar se a referida cláusula terá, ou não, validade e eficácia pós contratual nas diversas formas de extinção do contrato – em especial, a resolução contratual por culpa da franqueadora.

O presente trabalho de conclusão de curso trará ao leitor, dessa maneira, noção jurídica (e brevemente empresarial) sobre contratos de franquia, mas também abordará questões relativas ao direito da concorrência e à teoria geral dos contratos, quando demonstrada a influência dos princípios contratuais na concorrência e, mais ainda, na proteção das partes contratantes. Foi utilizado o método dedutivo, onde parte-se de premissas maiores sobre os princípios e precedentes para chegar-se à conclusão.

CAPÍTULO 1

CONTRATOS E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM AS FRANQUIAS

O desenvolvimento do presente trabalho será direcionado à análise das cláusulas restritivas de concorrência nos contratos de franquia que perduram após o término da relação contratual. Entretanto, antes de no cerne da discussão, necessário o estudo do conceito e, particularmente, dos princípios que formam o contrato de franquia e os que embasam a viabilidade jurídica de cláusulas restritivas à concorrência.

O primeiro capítulo, destarte, analisará tais princípios, e será responsável por demonstrar como a vontade das partes contratantes, somada com a necessidade de proteção dos segredos de negócio tecem sua relação com o princípio constitucional da livre iniciativa e livre concorrência – e como deles o são exceção. Serão apresentados, dessa forma, aspectos gerais dos institutos da autonomia da vontade (1.2.), obrigatoriedade dos contratos (1.3.), função social do contrato (1.4.), boa-fé (1.5.), livre iniciativa e livre concorrência (1.6.) e, por fim, a definição legal de concorrência desleal (1.6.1.) – no intuito de formar o pilar da solução da controvérsia: é abusiva a restrição ao franqueado do seu direito de concorrer após findado o contrato de franquia, caso a rescisão do pacto seja por inadimplemento ou culpa da franqueadora?

1.1. Conceito

Inicialmente, impende salientar a conceituação e implicação dos *contratos*, pois inerentes a atividade empresarial. Arnold Wald¹ comenta que contrato é “ um ato jurídico bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial). A vontade, portanto, é requisito fundamental na relação contratual.

Cabível, assim, a lição de Orlando Gomes², quando ensina que o contrato, além da importância de harmonização dos interesses conflitantes, promove, entre outras, a circulação de riqueza; prevenção de riscos; concessões de créditos e constituição de direitos.

Em outras palavras, o contrato é, em suma, a formalização de obrigações decorrentes da vontade, interesse ou qualquer motivação que seja entre as partes contratantes. Depende

¹ WALD, Arnold. *Obrigações e Contratos*, São Paulo: RT, 9. ed. 1990, Vol II, p. 150

² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 13. ed., 1994, p. 19

para sua formação, portanto, de no mínimo duas partes, e é espécie do gênero negócios jurídicos. Ensina Caio Mário da Silva³ que o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de obrigações. É, portanto, como pacificado doutrinariamente, um acordo de vontades - na conformidade da lei - com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Assim, sempre que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato.

1.2. A autonomia da vontade

A autonomia da vontade é princípio fundamental do Direito Contratual. Rege todas as obrigações e delas é requisito. Dentro das diversas correntes que definem este conceito, tem-se que a concepção de autonomia da vontade de caráter individual, subjetivo, advém do século XIX como consequência da Revolução Francesa, após o longo período absolutista. Esse conceito era, à época, amplo e senão irrestrito. Podia-se contratar com quem e como quisesse, de forma plena, e o direito de liberdade seria somente impugnado se o homem não fosse capaz ou se assim não o quisesse, como ensina Antônio Junqueira⁴.

Na realidade política e social dos séculos XVIII e XIX, o contrato tornava-se instrumento jurídico de regulamentação e geração de riqueza. Fundamentava-se na liberdade do indivíduo e no liberalismo econômico, de modo que bastava a vontade das partes contratantes para a caracterização vinculativa a seus interesses. Pensava-se que para o pleno exercício da autonomia da vontade seria estritamente necessário o Direito garantir, formalmente, a igualdade liberativa entre as partes, com a interveniência mínima do Estado na economia, deixando que o curso livre da iniciativa privada e de mercado regulassem os interesses gerais da sociedade.

Não cabia aos operadores do Direito, portanto, se o conteúdo do contrato fosse justo ou fosse injusto. Tão somente, se era livre a vontade dos contratantes. Presumia-se justo e, por conseguinte, exequível, se tivesse sido pactuado de forma livre.

Com as grandes mudanças sociais do século XX, principalmente a partir de sua segunda metade, houve mudança significativa, também, na concepção de autonomia da

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil, v. III, p. 7.

⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13.

vontade. A antes aceitação formalista desse princípio como soberano modificava-se em face da desigualdade social e econômica, que acarretava em contratos injustos e abusivos. A busca de maximização exorbitante de lucros, a qualquer custo, fazia com que a antes utopia de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes fosse descartada.

Na caçada pela justiça social, inspirada pelos princípios da solidariedade social e na proposição de proteção social dos mais fracos, as relações contratuais privadas passaram, sem perder sua função de circulação e geração de riqueza, a também mirar o bem comum e interesses da coletividade. Passaram a ser influenciados em maior ou menor escala pelo Estado no intuito de reequilibrar as relações privadas, e as disposições contratuais tornaram-se flexibilizadas pela interpretação de sua função, além da privada, social, bem como pelos princípios da boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.

A formalização volitiva ainda mantém sua imprescindível importância⁵ e relevância, mas a autonomia da vontade torna-se limitada pelos princípios que, hoje, regem a relação contratual.

A autonomia privada, destarte, deve ser autorizada pelo ordenamento jurídico vigente. É o que explica Humberto Theodoro Júnior:

Vive o direito contratual, sem dúvida, uma notável fase evolutiva, em que o princípio da autonomia de vontade tem sofrido questionamentos variados, com reflexos constantes sobre o direito positivo, de maneira a dar ao dirigismo contratual quase que uma prevalência sobre a tradicional liberdade privada de regularem as próprias partes seus negócios jurídicos contratuais.

Na passagem do século XIX para o atual, com efeito, pôs-se em cheque o principal ponto de sustentação da ampla autonomia de vontade nos domínios do contrato. Com efeito, enquanto dominaram absolutas as idéias do liberalismo puro, tinha-se como dogma a igualdade dos contratantes, ligado umbelicalmente à liberdade de contratar. Acontece que a experiência dos regimes liberais, nascidos da Revolução Francesa, acabou por impor o reconhecimento da irrealidade de semelhante dogma, pelas notórias diferenças, entre as pessoas, na ordem econômica, social e até mesmo jurídica.

Ao Estado liberal sucedeu, em nossos tempos, o Estado social, com a tônica de não apenas declarar direitos individuais e garantias fundamentais, mas de torná-los realidade, mediante política de efetiva implantação de medidas compatíveis com a justiça e o bem-estar sociais. O dirigismo contratual, por meio da multiplicação das regras de ordem pública, passou a dominar a preocupação dos legisladores, mudando a feição e atingindo, até mesmo, o âmago do direito das obrigações⁶.

⁵ GOMES, Orlando. Novos temas de Direito Civil. Forense, 1983. p. 80.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos—Princípios gerais—Tendências do direito contratual contemporâneo—Abrandamento dos princípios tradicionais—Intervenção estatal crescente—Impacto do Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais/Fascículo Civil, 1999, p. 11-33.

Importante salientar, ainda, que liberdade de contratar e liberdade contratual são termos distintos com significados distintos. Arnold Wald⁷ diferencia-os quando diz que aquele seria a “faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto que este, liberdade contratual, seria a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira refere-se à possibilidade de realizar ou não um contrato, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de uma realização”.

Sendo assim, o princípio da autonomia privada no direito contratual é a liberdade volitiva de cada indivíduo para pactuar relações jurídicas, desde que reguladas e previstas, ao menos abstratamente, no ordenamento jurídico. Na esfera econômico-jurídica, é a liberdade de auto regular os próprios interesses – desde que, novamente, respeitadas as imposições legais.

1.3. Obrigatoriedade dos Contratos

Também conhecido como *intangibilidade dos contratos* ou *força vinculante dos contratos*, decorre do princípio da autonomia da vontade acima descrito. Ninguém é obrigado a contratar. Se o faz, é porque assim o quis. Mas os que o fizerem, caso o contrato em questão seja válido e eficaz, devem cumpri-lo. É a chamada *pacta sunt servanda*.

A concepção clássica entende que a única escusa se daria por caso fortuito ou força maior, consignados no art. 393 e parágrafo único do Código Civil, como afirma CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁸.

Todavia, completa GONÇALVES que houve suavização deste princípio, *o que não significa seu desaparecimento*. Afirma que continua sendo imprescindível que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelo contrato. Justificou para tanto que após a 1ª Grande Guerra Mundial e o surgimento dos movimentos sociais, percebeu-se que não podia mais falar-se em absoluta obrigatoriedade, de modo que se passou a aceitar, em caráter excepcional, a intervenção judicial no conteúdo de certos contratos:

Acabou medrando, assim, no direito moderno, a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante aplicação de leis de ordem pública em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, modificando-o ou apenas liberando o contratante lesado, com o objetivo de evitar que, por meio da avença, se consume atentado contra a justiça⁹.

⁷ WALD. Arnold. Obrigações e Contratos, 5. ed., São Paulo. Revista dos Tribunais, 1979, p. 109.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Saraiva, 2010. p. 49.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 49.

Para finalizar este breve estudo, ensina Nelson Nery Junior que “o princípio da *conservação dos contratos*, ante a nova realidade legal, deve ser interpretado no sentido da sua manutenção e continuidade de execução, observadas as regras da *equidade*, do *equilíbrio contratual*, da *boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*”.¹⁰

1.4. Função Social do Contrato

O contrato assemelha-se ao que é a Lei, porém no âmbito restrito, no âmbito privado, regulando pessoas específicas, sejam físicas ou jurídicas. E a Lei, com o advento do Código Civil de 2002, procurou afastar as concepções outrora individualistas que norteavam o Diploma Civil de 1916. Procurou seguir orientação compatível com a socialização do direito, vértebra do direito contemporâneo. Carlos Roberto Gonçalves¹¹ leciona que a concepção *social* dos contratos, por identidade dialética, “guarda identidade com princípio da ‘função social da propriedade’ previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.”

Portanto, a recente função social do contrato, ensina Miguel Reale¹², é consequência dos incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Em suas palavras¹³, completa, “a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.”

O que, na verdade, estatui a chamada *função social* do contrato, é que o contrato não pode se transformar em instrumento para atividades abusivas, causando danos à outra parte ou terceiros. Isto porque:

¹⁰ Nelson Nery Junior, Contratos no Código Civil — Apontamentos gerais, in O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, coord. De Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho, p. 406-408. In GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 70.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 28.

¹² REALE, Miguel. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, acesso em 11/11/2015.

¹³ REALE, Miguel. Ob. cit.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ora, o princípio da autonomia da vontade, explicado no título anterior, é rigorosamente atrelado ao da *socialidade*. Atrelado pois, como visto, encontra nele sua limitação de liberdade de contratar. Consequentemente, em decorrência do princípio constitucional da função social da justiça e da propriedade supramencionado (art. 5º, CF/88), o Novo Código Civil trouxe em seu artigo 421 expressamente o aqui comentado:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Desta feita, pode se considerar que o cumprimento ao princípio da função social possui dois enfoques, como explica GONÇALVES¹⁴: (i) o individual, em relação aos contratantes, que fazem do contrato instrumento para satisfazer os próprios interesses; (ii) o público, relativo ao interesse da coletividade sobre o contrato.

O respeitado doutrinador prossegue com a lição, e explica como o princípio da função social é aplicado na realidade jurídica prática, ou seja, como tal princípio influencia tanto os contratos contemporâneos quanto a interpretação dos magistrados. *Data vênia*, extrai-se trecho de suas palavras o ensinamento sobre as chamadas *cláusulas gerais*:

Observa-se que as principais mudanças no âmbito dos contratos, no novo diploma, foram implementadas por *cláusulas gerais*, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística. *Cláusulas gerais* são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral. Quando se insere determinado *princípio geral* (regra de conduta que não consta do sistema normativo, mas se encontra na consciência dos povos e é seguida universalmente) no direito positivo do país (Constituição, leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como *cláusula geral*. As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça. Embora tenham, num primeiro momento, gerado certa insegurança, convivem, no entanto, harmonicamente no sistema jurídico, respeitados os princípios constitucionais concernentes à organização jurídica e econômica da sociedade. Cabe à doutrina e à jurisprudência identificá-las e definir o seu sentido e alcance, aplicando-as ao caso concreto, de acordo com as suas circunstâncias, como novos princípios do direito contratual e não simplesmente como meros conselhos, destituídos de força vinculante, malgrado isso possa significar uma multiplicidade de soluções para uma mesma situação basicamente semelhante, mas cada uma com particularidades que impõem solução apropriada, embora diferente da outra.¹⁵

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 29.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. Cit. p. 29.

A função social é, como visto, *cláusula geral*. Como relata Nelson Nery Junior¹⁶, cabe ao juiz preencher as lacunas do que concretamente significa a função social, utilizando-se dos valores morais, sociais, jurídicos e econômicos. Depende, à vista disso, do caso concreto. Pode o juiz, destarte, declarar a nulidade do contrato por fraude à lei, condenar a parte que desatendeu a função social do contrato etc. E o jurista NERY JUNIOR assim expressa:

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, 3º, I) e da justiça social (CF, 170, caput), da livre-iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV) etc. Haverá desatendimento da função social, quando a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc.

Observa-se, de sua lição, que vantagens exageradas para uma das partes ou prestação à uma delas de forma exagerada ou desproporcional ferem, diretamente, a função social do contrato.

E completa salientando que “sendo normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir *ex officio*. Com isso, ainda que, por exemplo, o autor de ação de revisão de contrato não haja pedido na petição inicial algo relativo à determinada cláusula geral, o juiz pode, de ofício, modificar cláusula de percentual de juros, caso entenda assim agir para adequar o contrato à sua função social. Assim agindo, autorizado pela cláusula geral expressamente prevista na lei, o juiz poderá ajustar o contrato e dar-lhe a sua própria noção de equilíbrio, sem ser tachado de arbitrário”¹⁷.

1.5. A boa-fé (objetiva)

A menção à boa-fé já existia no Código Civil de 1916 mas nele o instituto não era consagrado como *cláusula geral*¹⁸, o que, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira¹⁹, era falha imperdoável diante da consagração deste princípio nos códigos anteriores como o francês e o alemão.

O Código de 2002 supriu tal lacuna e implementou o art. 422, que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução,

¹⁶ JUNIOR, NERY. Nelson. Contratos no Código Civil—apontamentos gerais. O novo Código Civil, 2003. p.

416. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Saraiva, 2010. p. 29.

¹⁷ JUNIOR, NERY. Nelson. Contratos no Código Civil—apontamentos gerais. O novo Código Civil, 2003. p.

427. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Saraiva, 2010. p. 30.

¹⁸ Para melhor entendimento sobre o conceito de *cláusula geral*, ver referência n. 15 de Carlos Roberto Gonçalves.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit, p. 23.

os princípios de probidade e boa-fé”. A probidade²⁰, mencionada no artigo, é um dos aspectos objetivos do próprio princípio da boa-fé, e pode ser entendida como a honestidade na maneira de se proceder com o cumprimento de todos os deveres atribuídos à pessoa, descrição que para este trabalho é suficiente.

Tal princípio obriga as partes a se comportarem de maneira correta durante as tratativas bem como durante a formação e vigência do contrato. Doutrinariamente, a boa-fé é dividida em duas concepções: a *objetiva* e a *subjetiva*.

A concepção *subjetiva* diz respeito a intenção do sujeito da relação jurídica. Se baseia na ignorância psicológica do agente, na noção de que um entendimento “equivocado” torna essa ignorância escusável, como na hipótese de casamento putativo.

Nos cumpre aqui, entretanto, o estudo da boa-fé *objetiva*, pois essa sim acarreta influência no direito obrigacional. É ela que, fundada em um princípio geral do direito, estipula que todos devem comportar-se de boa-fé em suas relações. É regra de conduta. E por incluída no direito positivo, como visto (art. 422), tornou-se uma *cláusula geral*.

Caio Mário²¹ ensina que:

A boa-fé referida no art. 422 do Código é a boa-fé objetiva, que é característica das relações obrigacionais. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.

A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar. O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios.

Demonstra-se assim, que esse princípio deve ser sempre observado nas relações jurídicas. Apesar de impossível catalogá-lo, dar-lhe situações previsíveis para sua configuração, se tem que a boa-fé objetiva faz com que o juiz de direito tenha de se atentar aos costumes e práticas dos contratantes no decorrer de sua relação contratual e, ainda, a depender do tipo contratual objeto da relação. Exige com que o juiz procure informar-se sobre a real intenção das partes. E pela imprecisão de determinar especificamente os casos em que a

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 54.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit, p. 23.

boa-fé se enquadraria como fator determinante, o juiz possui liberdade para estabelecer o alcance para cada caso em estudo.

Em um estudo com enfoque ao direito comercial, se tem que a boa-fé possui sentidos mais objetivos. Se deixa a natureza subjetiva de lado, e observa-se se o comportamento do contratante cumpre com o comportamento padronizado para aquela relação jurídica específica – se pergunta como contratantes honestos fariam para buscar a finalidade da relação mercantil.

Para Paula Forgioni²², “agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídico normalmente esperado dos ‘comerciantes cordatos’, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou em certo ambiente institucional) sempre de acordo com o direito”.

Entendimento pacífico nas cortes superiores²³, tem-se que a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. O contratante que não violou disposição do contrato está, então, agindo em conformidade com a boa-fé – e o que não está, tem de ter sua conduta devidamente comprovada.

Nos contratos de franquia em particular, por inerente a dependência econômica das partes (não hipossuficiência), existe uma série de obrigações laterais que devem ser cumpridas, de modo que a boa-fé se torna baliza para conter eventuais abusividades. Deveres como o da informação, requisito previsto na Lei de Franquias quando obriga o fornecimento da Circular de Oferta de Franquia (vide cap. II) pela franqueadora, ou o da proteção à propriedade industrial, inerente ao franqueado.

Nesse sentido, colhem-se precedentes dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, respectivamente, que demonstram casos em que há expreso descumprimento ao princípio da boa-fé, tanto pela franqueadora quanto pelo franqueado:

(I) APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FRANQUIA. SENTENÇA QUE DECRETOU SUA RESCISÃO, POR FORÇA DE CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA OMISSA, A FERIR FRONTALMENTE A BOA-FÉ A E LEALDADE. DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO PARA PARTICIPAÇÃO NA FRANQUIA, BEM COMO DE PAGAMENTO DOS DANOS MATERIAIS.

Vício na gênese da relação contratual. Circular de franquia omissa quanto aos gastos imprescindíveis à instalação e operação do estabelecimento. Inobservância do art. 3º, VII, da Lei nº 8955/94. Correta a rescisão contratual, na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8955/94. No que tange aos danos materiais, embora os comprovantes de despesas estejam em nome da sociedade Agauphoto Ltda -

²² FORGIONI, Paula Andréa. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 99.

²³ STJ - REsp: 956943 PR 2007/0124251-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, J: 20/08/2014.

sociedade constituída para fins do exercício da empresa franqueada, oriunda de alteração de contrato social em que os sócios da sociedade Agauphoto, também sócios da DE PLÁ, transferem suas cotas sociais aos apelados-autores - o exame das demais provas confirma que tais prejuízos foram suportados pelos apelados-autores, e não pela pessoa jurídica denominada Agauphoto Ltda. Documentos que confirmam que a franqueadora, apesar de ter firmado o contrato de franquia em 30/08/2005, ainda não havia, em 17/01/2006, regularizado o registro da alteração do contrato social e tampouco a transferência da conta corrente da Sociedade Agauphoto, a tornar nítido que os recursos para pagamento das despesas operacionais não advieram da pessoa jurídica, mas sim dos novos sócios, ora apelados, o que resta fortalecido pelos comprovantes de empréstimos em nome do franqueado, acostados aos autos. Logo, como restou comprovado que foram os apelados, sócios da mencionada pessoa jurídica, que custearam as despesas comprovadas nos autos, correta a sentença ao reconhecer que fazem jus à reparação de tais danos materiais também. Quanto ao dano moral, merece reparos a sentença, haja vista que inexistente prova de que o descumprimento contratual tenha tido desdobramentos tais que infringissem a dignidade da pessoa humana. Incidência do verbete sumular nº 75 do TJRJ. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ – AC n. 2008.001.48433, Rel.: Celia Meliga Pessoa, J. 30.09.2008);

(II) FRANQUIA. Rescisão de contrato c.c. reparação de danos. Rescisão do contrato por culpa da franqueadora. Franqueadora que deliberadamente omitiu informações necessária para a reforma adequada do imóvel onde foi instalado o restaurante. Descumprimento do contrato. Inobservância da boa-fé objetiva. Rescisão por culpa da franqueadora. Devolução das taxas e royalties pagos devida. Danos morais. Ocorrência. Promessa enganosa e grave má-fé da franqueadora. Multa contratual. Aplicação. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP – AC n. 0048011-95.2010.8.26.0071, Rel.: Tasso Duarte de Melo; J. 25.02.2013); e

(III) Franquia. Partes que celebraram pré-contrato relativo à produção e comercialização de cartuchos remanufaturados. Franqueado que, após o prazo do pré-contrato e aquisição do know-how, recusou-se a celebrar o contrato definitivo, perseverando, contudo, no desenvolvimento da mesma espécie de atividade, sem pagamento dos royalties cabíveis. Descumprimento da avença e inobservância da boa-fé objetiva. Rescisão que se impõe, com condenação do franqueado ao pagamento de cláusula penal reduzida para R\$ 40.000,00. Apelo do réu provido, em parte (reduzir a multa para R\$ 20.000,00) e recurso adesivo da autora não provido. (TJSP – AC n. 0008489-18.2009.8.26.0032, Rel.: Enio Zuliani; J. 08/11/2011).

Com a lição acima e a leitura dos precedentes colacionados, resta demonstrada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de franquia, que fundamenta rescisão do pacto se descumprido algum de seus pressupostos.

1.6. A livre iniciativa e a livre concorrência

A exemplo do que ocorre há pelo menos cinco décadas na maioria dos países, debate-se cada vez mais a influência estatal e sua função econômica²⁴. A Constituição Federal de 1988 é, dentre as que tivemos, a que menos filiou-se ao sistema econômico caracterizado pela livre iniciativa, pelas leis do mercado e pela livre concorrência. No Texto Maior, tem-se nos

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. Revista dos Tribunais. 1995, p. 191.

princípios que embasam a ordem econômica pátria que todos são livres para lançarem-se no mercado, tendo como baliza, porém, as leis.

A livre iniciativa é um dentre os fundamentos da república. Tanto o é, que consta no artigo primeiro da Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Ao lado dos valores sociais do trabalho, a livre iniciativa também é elemento de formação da república. É pressuposto dos princípios da ordem constitucional econômica, antecedendo sua enumeração (art. 170, CF/88).

Como decorrência, cabe ao empresário estipular o que vai produzir; como irá produzir; o que irá produzir e qual o preço a se vender. A livre iniciativa acarreta, portanto, na liberdade de gestão e na liberdade de empresa.

Nelson Nery Junior²⁵ salienta que “a liberdade de gestão e de empresa indica a necessidade de o empresário poder, livremente, autodeterminar-se para fixar seu negócio e dizer como produzir, com as técnicas negociais que houver por bem desenvolver. Entre elas está o segredo de negócio, o *como produzir*, acima mencionado que é espécie do gênero tecnologia (*know how, savoir-faire*). O segredo de negócio é, sem dúvida, bem incorpóreo que integra o conceito e a substância do *estabelecimento* empresarial, o fundo de comércio”.

Por sua vez, a livre concorrência, também princípio da ordem econômica, consta no art. 170, IV:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

(...)

Tem-se, por conseguinte, que a liberdade de iniciativa consiste na liberdade de indústria e comércio, ou liberdade de empresa e contrato, de modo que, como dispõe o

²⁵ JUNIOR, NERY. Nelson. Soluções práticas de direito. 2010. p. 361-370

parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, a todos é assegurado o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização do poder público, salvo nos casos expressos em lei.

Como ensina NERY JUNIOR²⁶, tal liberdade deve ser harmonizada com os demais princípios da ordem econômica, como por exemplo os valores sociais do trabalho, a defesa do consumidor e a livre concorrência que, se desatendida, enseja repressão estatal contra o abuso do poder econômico – pelas normas regulatórias antitruste, como é o caso da Lei 8.884/94 e do parágrafo 4º do artigo 173 da Carta Magna. A liberdade da concorrência não é, portanto, irrestrita e ilimitada.

Daí que o Supremo Tribunal Federal analisou a matéria:

A livre concorrência, com toda liberdade, não é irrestrita, o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expresso da probidade profissional. Excedidos esses limites surge a CONCORRÊNCIA DESLEAL...

Procura-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulenta ou desonesta, que atentam contra o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente PATENTES ou SINAIS DISTINTIVOS REGISTRADOS”. (R.T.J.56/ 453-5).

Do julgado acima, tem-se que “não é a lei que define os limites da concorrência, mas as práticas, localizadas no tempo, no lugar e no mercado específico, dos demais concorrentes, que vão precisar o que é lícito ou ilícito. Quando cada concorrente entra em um mercado específico, encontra aí certos padrões de concorrência, mais ou menos agressivos, que vão definir sua margem de risco. Embora tais padrões possam alterar-se com o tempo, há padrões esperados e padrões inaceitáveis de concorrência. Dentro de tais padrões, pode-se formular uma *expectativa razoável de receita futura*”, como explica BARBOSA²⁷. Explica ainda que não é o bem incorpóreo o protegido pelos mecanismos de concorrência desleal, e sim a posição concorrencial de quem o utiliza. Isto posto, a criação técnica útil para fabricar e vender certo produto, mesmo desprovida de novidade ou atividade inventiva, é protegida.

É que o modelo econômico pautado na livre iniciativa e na livre concorrência acarreta numa contradição dialética²⁸, quando, para proteger e garantir a liberdade econômica, é necessário restringi-la. Para defender as estruturas do mercado, é necessário impor limites à iniciativa e à competição – sob pena do sistema auto destruir-se. Deve-se combater, por exemplo, a existência de cartéis. Mas se um grupo de empresários deseja organizar-se e convencionar preços, impedi-los não seria uma afronta à livre iniciativa e concorrência?

²⁶ JUNIOR, NERY. Nelson. Ob. cit., p. 361-370

²⁷ BARBOSA, Denis Borges. A concorrência desleal, e sua vertente parasitária, 2011, p. 10, disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca_desleal.pdf

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 2012. p. 51

Por mais rudimentar que seja a pergunta acima, ela ilustra a contradição assinalada: é preciso restringir certos tipos de atos no mercado e, portanto, impor limites à livre iniciativa e concorrência, para que prevaleça, ao final, a livre iniciativa e concorrência.

Para tanto, compete a uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), zelar pela aplicação desse preceito constitucional e da lei que o regulamenta. Fábio Ulhoa Coelho assim coloca em seu Curso de Direito Comercial:

Duas são as formas de atuação do órgão: a repressora, em que julga os processos administrativos pertinentes à infração da ordem econômica, impondo sanções às pessoas que incorrem em conduta ilícita; e a preventiva, em que aprova operações societárias, como incorporação ou fusão, e demais atos de que possa decorrer prejuízo à concorrência ou dominação de mercado.²⁹

A atuação preventiva do CADE prevista na lei engloba à eficácia de atos jurídicos potencialmente lesivos às estruturas do livre mercado (artigo 54, Lei 8.884/94) a aprovação pelo Conselho – inclusive os contratos. ULHOA salienta que independentemente da denominação ou natureza do contrato, se concorrentes e articulam suas práticas de produção ou, se não são, *mas uma delas assume a obrigação de abster-se de estabelecer ou de competir*, também vigora a mesma condição de eficácia. Diz ele em sua obra:

Especial atenção, nesse contexto, deve-se reservar, enfim, às cláusulas de exclusividade, que são comuns e regulares em diversas modalidades contratuais (como na franquia ou na concessão para distribuição para veículos automotores terrestres), mas podem servir de instrumento anticoncorrencial em outras (...)³⁰

Percebe-se, desta maneira, preocupação do Estado em conter e reprimir toda e qualquer manifestação de agentes econômicos que ameace a lealdade concorrencial. Se por um vértice a concorrência significa atrair maior número de clientes possível em relação aos seus concorrentes, por outro o direito reprime série de manifestações que visem dominação de mercado.

O primeiro país a possuir regras antitruste foram os Estados Unidos da América, que sempre detiveram a livre iniciativa e a concorrência como valores fundamentais da nação. Para que fosse limitado o poder de mercado e para defender o valor da livre concorrência, no ano de 1890 foi promulgado o *Sherman Act*. Augusto Jaeger Junior³¹ relata que sua origem foi a consequência decorrente da guerra civil norte-americana, na segunda metade do século XIX, que ocasionou um grande fortalecimento e a concentração do parque industrial. Para proteger os pequenos empresários de tais conglomerados e os altos impostos do governo para sustentar os custos da guerra, o *Sherman Act* declarou, em seus termos amplos, a ilegalidade de todos

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 32

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 33

³¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. Direito internacional da concorrência. Curitiba: Juruá, 2008, p. 70.

os contratos, combinações e conluíus na forma de *trust* ou em qualquer outra forma que restringisse o comércio, bem como ilegais as tentativas de monopólio de mercado.

Nesse ponto impende salientar importante lição que o supramencionado autor nos dá em sua obra, quando relata que “a lei foi muito criticada pela sua rigidez, voltada à punição dos ilícitos *per se*, ou seja, sem o exame de eventuais benefícios econômicos decorrentes da prática colusória como razão para exceção da aplicação da punição cabível”³². A *per se rule* americana, destarte, julga os atos atentatórios à concorrência sem análise de eventuais benefícios à sociedade.

Para completar a lição, extrai-se de ULHOA³³:

Em suma, embora as práticas colusivas possam realizar-se também por outros atos ou negócios jurídicos, como a formação de associação de empresários ou operações societárias, é o contrato — oral ou escrito — o veículo mais empregado. No contexto, cabe distinguir acordos cujo objetivo é restringir ou limitar a concorrência (como a adoção de preços uniformes por revendedores) daqueles outros que não têm esse objetivo, mas acabam produzindo efeitos prejudiciais às estruturas do livre mercado (como no compartilhamento de unidades industriais). No direito antitruste norte-americano, enquanto os primeiros são geralmente condenados, sem maiores indagações sobre os seus eventuais benefícios (*per se rule*), os últimos são examinados e podem ser válidos, sopesadas as vantagens para os consumidores, ampliação de postos de emprego, fortalecimento da economia etc. (*rule of reason*, na reinterpretação dos anos 1970) (Sullivan-Harrison, 1988:84/94). No direito brasileiro, expressando sua filiação à tradição europeia no tratamento da matéria, sempre se deve levar em conta se o contrato, a despeito da limitação ou restrição da concorrência, é, de alguma forma, benéfico para a economia. O art. 54, § 1º, da Lei n. 8.884/94, a propósito, estabelece que o CADE pode autorizar os atos potencialmente lesivos à concorrência em consideração às eficiências que podem proporcionar, como aumento de produtividade, melhoria da qualidade de bens ou serviços, desenvolvimento tecnológico etc.

Como se viu, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza a *rule of reason*, ou *regra da razoabilidade*, ao invés da *per se rule*, clarividente quando da análise do artigo 88 da Lei 12.529 de 2011, (“Lei de Defesa Econômica”), que dispõe dos atos de concentração, em seus parágrafos 5º e 6º:

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

³² JAEGER JUNIOR, Augusto. Op. cit, p. 70.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit, p. 53.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Deve-se sempre analisar os “dois lados da moeda” – se houve benefício para a economia pela prática de eventual ato que atente às regras da concorrência – de modo que o CADE é inclusive competente para autorizá-los.

Feitas as devidas considerações, passe-se, a seguir, a análise da *concorrência desleal*.

1.6.1. A concorrência desleal

A proteção contra a concorrência desleal tem fundamento no art. 170, IV da Constituição Federal, inciso que prevê como princípio geral da atividade econômica a livre concorrência, como anteriormente mencionado. A política de repressão à concorrência desleal brasileira foi positivada de forma que se optou por privilegiar a roupagem criminal³⁴. Tanto é, que o artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial, que será a seguir estudado, prevê pena de detenção ao crime de concorrência desleal nos casos mais graves. Porém, os demais casos ensejam somente o ressarcimento em perdas e danos, e é a previsão de responsabilidade de natureza civil/contratual que possui relevância ao tema.

O Brasil ratificou as conclusões da Ata Final da rodada do Uruguai do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), atualmente conhecido como *World Trade Organization*³⁵, cujo anexo “1C” deste Acordo é usualmente referido pela sigla TRIPs. Nele, foram estabelecidas disposições importantes para a disciplina da propriedade intelectual, bem como tratou da reserva de informações confidenciais de uso empresarial. Não adentraremos pormenorizadamente nos termos do Acordo, mas, sim, a influência que teve no ordenamento jurídico brasileiro. Uma delas, foi a definição trazida pelo inciso XI da Lei n. 9.279/96 em seu artigo 195:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

(...) III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; (...)

³⁴ DINIZ, Davi Monteiro. Op. cit., p.131.

³⁵ Disponível em <https://www.wto.org/>, acesso em 17/11/2015.

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; (...)

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

Dá-se ênfase ao inciso XI, pelo papel central que desempenha. Primeiramente, pergunta-se: o que seriam *informações ou dados confidenciais utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços*?

A doutrina diverge quanto a este ponto. Necessário o breve estudo, então, do conceito de *segredo* – salientando que a análise conceitual de *know how* no contrato de franquia terá atenção própria no Capítulo II deste trabalho.

As leis do Brasil anteriores voltadas ao combate à concorrência desleal identificavam os segredos em duas espécies: o *segredo de fábrica (ou indústria)* e o *segredo de negócio (ou comércio)*. Não davam, porém, significado preciso sobre o conteúdo dessas categorias³⁶. E apesar dos mesmos termos repetirem-se no art. 206 da Lei de Propriedade Industrial, a redação do art. 195 inovou quando desconsiderou a anterior bipartição de segredos e protege indistintamente informações utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, impondo apenas as condições de não serem *evidentes a sujeitos especializados* na temática a que são afeitas e nem obviamente, conhecidas de *modo público*.

O texto, como se vê, não esclarece se se quer proteger o valor econômico propiciado pelo sigilo ou proteger a honestidade na competição. Segundo MONTEIRO DINIZ³⁷, “a explicitação dessas duas ordens de interesse é ainda mais dificultada pelo fato de que, *tradicionalmente*, os segredos em tela não se mostram organizados em subgrupos patrimonial e não patrimonial, mas sim nas já citadas categorias de fábrica e comércio, critérios que levam em conta mais o lugar de absorção das informações sigilosas pela dinâmica operacional da empresa do que as peculiaridades das regras que preordenam a sua proteção” (grifei).

Completa que “acompanhando a visão de autores alemães, SEGADE³⁸ classificou os segredos em três categorias: os atinentes ao setor técnico-industrial da empresa, os relativos ao setor estritamente comercial e, por último, os concernentes a outros aspectos da

³⁶ DINIZ, Davi Monteiro. Propriedade industrial e segredo em comércio. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p.119

³⁷ DINIZ, Davi Monteiro. Op. cit., p.142

³⁸ SEGADE, José Antonio Gómez. *El secreto industrial (know how): concepto e proteccion*. Madrid: Technos, 1974, p. 48-54. In: DINIZ, Davi Monteiro. Op. cit., p.142

organização empresarial que não representariam um bem em si mesmos, mas cujo conhecimento seria valioso para competidores. Os segredos localizados neste último grupo – mostrados por exemplos como a situação financeira da empresa ou um projeto para celebrar determinado contrato – teriam natureza relativamente diferenciada dos anteriores, pois não poderiam ser negociados onerosamente. Contudo, estariam plenamente tutelados pelos princípios de repressão à concorrência desleal, diante de sua inegável importância para a preservação da capacidade competitiva do empresário”.

Teriam alguns dos conhecimentos organizacionais da empresa (como situação financeira e futuros contratos), em vista disso, tutela jurídica de proteção, de modo que ocorreria deslealdade na concorrência quem os divulgasse, explorasse ou utilizasse.

Complementa³⁹:

Por restringir diretamente a liberdade das pessoas, com possíveis repercussões no exercício de direitos fundamentais, seu objeto deve ser preciso e estar claramente delimitado para o devedor. Assim, ao se fixar, como regra geral, o direito ao livre uso e circulação de informações, tem-se que o direito ao segredo se configura em especial exceção.

De acordo com essa orientação, quando o dever de sigilo formar-se a partir de negócio jurídico bilateral caberá ao credor o ônus de demonstrar interesse em que determinado conjunto de informações permaneça reservado, assim como o fato de que o receptor da comunicação foi cientificado dessa decisão.

Ora, viu-se que os segredos industriais são protegidos pela lei. Mas viu-se também tais restrições podem repercutir no exercício de direitos fundamentais de um dos contratantes – como o da livre concorrência.

Tecidas as devidas considerações e explanações para embasar o presente trabalho, encerra-se o presente capítulo e dá-se maior enfoque aos contratos de franquia.

³⁹ DINIZ, Davi Monteiro. Op. cit., p.143

CAPÍTULO 2

FORMAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

2.1. Conceito

São poucos os países que normatizam a espécie contratual da franquia – que já detém importante parcela no mercado brasileiro, hoje com aproximadamente 126.000 (cento e vinte e seis mil) unidades franqueadas e faturamento aproximado em 127 bilhões de reais no ano de 2014, de acordo com a Associação Brasileira de Franchising⁴⁰.

De início, cumpre definir, com clareza, a definição de franquia empresarial. Claro foi o legislador, na redação do artigo 2º da Lei n. 8.955/94, usualmente conhecida como Lei de Franquias, que exprimiu com nitidez o conceito:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Pela leitura, conclui-se que a franquia empresarial se inicia na *vontade* de um indivíduo de exercer atividade empresarial. Grifa-se a palavra *vontade*, objeto de estudo neste trabalho quando examinadas a *autonomia da vontade* e a *livre iniciativa*. Cumpre, nesse momento, traçar sua ligação com a franquia empresarial e, por conseguinte, alcançar definição precisa desta espécie de contrato mercantil.

A vontade, tão somente, de exercer atividade empresarial, não é suficiente para exercê-la. A atividade empresarial necessita, além da vontade, de fornecedores; de consumidores; de uma marca, que dá face à empresa perante os consumidores; de capital inicial e de giro. E a organização de produção, criação de marca, captação de fornecedores, prospecção de clientes é algo que, na maioria das vezes, leva anos até que se atinja dimensão suficiente para a empresa sustentar-se.

Walirio Bulgarelli⁴¹ define *franchising* - termo inglês cuja tradução brasileira aceita-se como franquia - como “a operação pela qual um comerciante titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento da sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula de

⁴⁰ Disponível em <http://www.abf.com.br/numeros-do-franchising/evolucao-do-setor-2003-2014/>, acesso em 13/11/2015.

⁴¹ BULGARELLI, Walirio. Contratos Mercantis. São Paulo: Atlas, 2000. p 529.

exclusividade, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade”.

Aí, portanto, nasce o conceito de franquia. Em suma, um comerciante, titular de uma marca de produtos de peso, cede o uso desta bem como seus conhecimentos a outrem, que poderá explorá-la em um determinado espaço geográfico, por determinado prazo – por determinado preço – sem que tenha de passar por todo esforço e tempo necessários à tomada de espaço no mercado.

Relata Fran Martins⁴² que, historicamente, o contrato de *franchising* surgiu nos Estados Unidos, principalmente depois de a Segunda Guerra Mundial, quando centenas de milhares de pessoas, desmobilizadas de suas atividades após os campos de batalha, procuravam novas atividades para firmar-se economicamente. As empresas, então, descobriram maneira de ligar tais elementos aos seus empreendimentos, passando a oferecer franquias aos que desejavam adentrar determinado ramo de atividade. A autora⁴³ o conceitua como “um contrato que liga uma pessoa a uma empresa para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, estejam ligadas por vínculo de subordinação”.

Uma das principais características da franquia é, desta feita, a *ausência de subordinação* das partes, a independência do franqueado, a inexistência de vínculo empregatício. Por usar o nome e marca do franqueador, causa impressão de sucursal do franqueador – mas, na realidade, a empresa franqueada possui autonomia jurídica e financeira, e é constituída de forma independente.

Hipoteticamente, exemplifica-se: um comerciante, que despendeu de tempo, esforço e capital para que sua empresa adquirisse o desejado espaço no mercado, por vezes esbarra em limitações. A expansão de mercado de seu negócio, interestadual ou internacional, demanda um investimento gigantesco se o tal comerciante deseja realizar a venda direta ao consumidor. Isto porque terá de deslocar-se até a cidade X; pesquisar por ponto comercial que encaixe nos padrões desejados para seu negócio; supervisionar e instalar as acomodações necessárias; contratar pessoal e posteriormente gerente/administrador, que maneje o comércio em sua ausência quando retornar a seu domicílio; e realizar a gestão diária desta nova unidade.

Mas há outro caminho: o agente econômico - o tal comerciante-, poderá buscar a colaboração de outros empresários para escoar sua produção, por meio de vendas indiretas. A franquia, como dito, é método de distribuição de produtos e/ou serviços através de parcerias

⁴² MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 2010. p. 439.

⁴³ MARTINS, Fran. Ob. cit., p. 583

entre empresas, que trocam suas experiências e competências desenvolvidas no que tange este produto. É o que ensina Sebastião José Roque⁴⁴:

Sob o ponto de vista empresarial, é um método adotado para a distribuição de produtos e/ou serviço, consistente na parceria entre uma empresa, em princípio mais experiente, e outras empresas, geralmente menos experientes, no qual a primeira transfere às últimas a experiência ou competência por ela desenvolvida, no que se refere à produção e distribuição de certos produtos.

Em outras palavras, o detentor da *propriedade industrial/intelectual* licencia a uma empresa para que esta, por sua vez, produza e comercialize diretamente aos consumidores os produtos de marca já consagrada no mercado. Para tanto, o franqueado, em regra, paga ao franqueador uma taxa inicial, e obriga-se, ainda, a pagar-lhe verbas suplementares que consistem em porcentagens sobre os produtos vendidos.

Deve o franqueador, entretanto, fornecer serviços de assistência organizacional e técnica, o conhecimento prático (*know how*) de procedimento comercial, a licença de uso de marca, entre diversas outras obrigações que serão estudadas adiante.

Por essa gama de obrigações provenientes de uma só relação negocial, o contrato de franquia empresarial engloba um complexo de contratos, típicos e atípicos. Traz, em si, aspectos da concessão exclusiva; da prestação de serviços; do fornecimento; da distribuição; da locação; da transferência de tecnologia; da compra e venda; da assistência técnica, financeira, administrativa e de marketing; da licença de uso de marcas e patentes entre uma pluralidade de outras modalidades contratuais.

A doutrina considera tal modalidade contratual como autônoma, porém híbrida. É o que ensina Orlando Gomes⁴⁵:

O *franchising* é um contrato que se aproxima da concessão exclusiva, da distribuição, do fornecimento e da prestação de serviços. Não é, outrossim, locação nem mandato, mas, sim, figura autônoma, embora híbrida.

Fábio Ulhoa Coelho⁴⁶, por sua vez, explica que a franquia é resultado de dois contratos em sua essência: a licença de uso de marca e a prestação de serviços organizacionais de empresa. A consequência para o franqueado, diz, é a redução de riscos na criação do estabelecimento.

Outros autores observam que mais contratos constituem o *franchising*. Américo Luís Martins da Silva⁴⁷, por exemplo, identifica a existência de seis deles: a) contrato de

⁴⁴ ROQUE, Sebastião José. Direito das obrigações civis-mercantis. Ícone, 2004.

⁴⁵ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 578.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit.. p. 125-126.

⁴⁷ MARTINS DA SILVA, Américo Luiz. Contratos comerciais. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 370.

engineering, relativo ao projeto de funcionamento do estabelecimento, bem como sua aparência; b) contrato de *management*, pertinente ao treinamento de pessoal; c) contrato de *marketing*, da divulgação dos produtos franqueados; d) contrato de licenciamento comercial de propriedade industrial, que consiste nas licenças de uso de marca e demais direitos sobre propriedade industrial; e) contrato de fornecimento, em relação a execução continuada de entrega do produto franqueado; e f) contrato de assistência técnica, quanto a prestação de assistência ao consumidor.

Como se verá a seguir, a evolução do instituto da franquia no passar do tempo acarretou em mudanças tanto em sua forma e classificação, quanto em seu conteúdo. Não se trata mais de mera licença de uso de marca ou distribuição de produtos, mas sim da padronização e transmissão da forma de gerenciamento da empresa, estando, aí sim, inclusas as modalidades contratuais identificadas pelos doutrinadores supracitados, obtidas pela transmissão do *know how*.

No enfoque ao “direito de uso”, inserto na lei, da tecnologia do franqueador necessária à implantação ou funcionamento da atividade que exercerá o franqueado, necessários maiores esclarecimentos a conceitos que não estão expressos nas normas legais: *know how* e *segredo de negócio*.

2.1.1 *Know how* e segredo de negócio

Ao longo do exercício profissional, os empresários ou as empresas em si, pessoas jurídicas, guardam conhecimentos, práticas e acumulam experiências que fazem com que adquiram posição privilegiada no mercado. Fruto do desempenho comercial ou industrial daquele, a doutrina qualifica essa base de conhecimento com as mais variadas nomenclaturas, seja “tecnologia”, “segredo de negócio” ou, comumente, *know how*.

Por isso, imprescindível salientar sua diferenciação. Nas palavras de Denis Borges Barbosa⁴⁸, “frequentemente tal noção é usada em seu sentido restrito - para alcançar somente o conhecimento de certos segmentos da estrutura técnica de produção (*know how* técnico). Por tal razão, tende-se a reduzir o *know how* ao segredo de indústria. No entanto, o que o define não é o segredo de uma técnica, mas a falta de acesso por parte do público em geral ao conhecimento do modelo de produção de uma empresa.”

⁴⁸ BARBOSA, Denis Borges. Do segredo industrial, 2002, p. 2, disponível em http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_tipos_knowhow.html, acesso em 14/11/2015.

Define ele, ato contínuo, que *know how* é “o corpo de conhecimentos, técnicos ou de outra natureza, necessários para dar a uma empresa acesso, manutenção ou vantagem no seu próprio mercado. Esta vantagem poderia ser obtida por outras formas: concentração de meios financeiros, situação legal privilegiada, capacitação dos dirigentes, acesso a fontes de matéria prima, poder político etc. No entanto, toda vez que o acesso, manutenção ou vantagem de mercado de uma empresa resultam da maneira que ela se estrutura para produzir, no plano técnico, administrativo, comercial, etc., o modelo desta micro-estrutura de produção o objeto é o *know how*. O *know how* é, assim, o conjunto de conhecimentos disponíveis a respeito do modelo de produção específico de uma empresa, que lhe permite ter acesso a um mercado, manter-se nela, ou nele desfrutar vantagens em relação a seus competidores.”

De fato, o contrato de *franchising* é, muitas vezes, considerado um mero contrato de *know how*. Justamente pela definição de Denis Borges Barbosa, é o *know how* criado pela franqueadora que torna possível a réplica do estabelecimento original. Ou seja, é o corpo de conhecimentos de como a empresa se estrutura e realiza sua produção que torna possível que, em outro estabelecimento, possivelmente em outra cidade, possa existir outro estabelecimento que tenha as mesmas vantagens de mercado daquele original.

Segundo Klaus Tiedmann⁴⁹, a expressão *know how* adquiriu mais importância por acompanhar contratos de cessão e de licença de patentes, que muitas vezes previam também a comunicação de conhecimentos auxiliares, necessários à adaptação e o pleno funcionamento do objeto patentado. Os contratos de *know how*, destarte, estabeleciam as condições de comunicação desses saberes, por vezes com o encargo de sigilo a ser suportado pelo beneficiário.

Entende-se, assim, o porquê das principais características da franquia serem a licença de uso e a transferência de *know how*. Um indivíduo que deseje adentrar no mundo de negócios certamente procurará um que possua marca renomada e de sucesso, mas que, além disso, possua estrutura organizacional que o permita, mesmo sem experiência anterior que seja, ter maior possibilidade de sucesso e por conseguinte menor risco – salientando-se, é claro, que o risco ainda existe. E é no conhecimento do *know how* operacional que estará ele investindo.

A primeira fase de transmissão do *know how* se dá no início do negócio. Primeiramente, o franqueador deverá orientar o franqueado na escolha do ponto comercial,

⁴⁹ TIEDMANN, Klaus. Naturaleza jurídica y significado penal del *know how* técnico. [s.t] Revista del Derecho Industrial, Buenos Aires, 1982, a. IV, n. 11, p. 359-370 In: DINIZ, Davi Monteiro. Propriedade industrial e segredo em comércio. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p.106.

assim como fornecer o projeto arquitetônico e assessorá-lo na montagem do estabelecimento, com a compra de equipamentos sua disposição física (onde ficará o forno, onde ficará o freezer, etc).

Em seguida, haverá o treinamento tanto ao franqueado quanto a sua equipe, tanto administrativo – no que tange contabilidade, gerenciamento e questões mais administrativas -, quanto ao treinamento operacional, com inclusive o fornecimento de manuais de procedimento padronizado.

Finalmente, deve o franqueador orientar o franqueado para inauguração da unidade franqueada, com a indicação para a compra do estoque inicial, técnicas de marketing, disposição dos produtos, método de atendimento aos consumidores e demais do gênero.

Inaugurada a unidade franqueada, o franqueador permanece com a obrigação de prestação de assessoria ao franqueado – permanecendo, portanto, o acesso do franqueado aos conhecimentos e poderes do franqueador. Nesse ponto, soma-se ao *know how* deste último a estratégia de marketing aplicada aos produtos, bem como ao constante desenvolvimento e modernização do objeto da franquia.

Por fim, salienta-se que o contrato de franquia empresarial pode ser registrado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, nos termos do artigo 211 da Lei 9.279⁵⁰, haja vista envolver licença de uso de marca, mas com o exclusivo condão de produzir efeitos em relação a terceiros.

2.2. Formação do Contrato de Franquia: Circular de Oferta de Franquia

Para a formação do Contrato de Franquia, necessário o estudo do instrumento e requisito fundamental desta modalidade: a Circular de Oferta de Franquia (“COF”). Disposta no art. 3º da Lei de Franquias, extrai-se:

Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

⁵⁰ Art. 211. O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros.

II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;

VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

VII - especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;

b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e

c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;

XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

- a) supervisão de rede;
- b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;
- c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;
- d) treinamento dos funcionários do franqueado;
- e) manuais de franquia;
- f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e
- g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;

XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

- a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e
- b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

É demonstrado na COF, destarte, o mínimo de informações acerca da empresa do franqueador: demonstrativos financeiros, balanços, descrição geral da franquia e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado, perfil ideal do franqueado, direitos de propriedade intelectual, pendências judiciais, taxa de publicidade, taxa inicial, etc. Ou seja, o mínimo que o franqueado necessita para identificar a confiabilidade do franqueador, bem como seu poder econômico e concretude.

A Lei das Franquias, em suma, estabeleceu a regra de absoluta transparência nas negociações antecedentes à adesão do franqueado à franquia. É pela caracterização da

franquia empresarial como contrato de adesão que a lei impõe diversas obrigações a quem deseja ser um franqueador. Explica-se.

Sabe-se que a formação dos contratos depende, como já estudado, da declaração de vontade de ao menos duas partes. Nos contratos, em geral, ocorrem *negociações preliminares*, conversações prévias, estudos quanto ao interesse de cada contratante. Tais negociações carecem, entretanto, de força vinculante. Não criam direitos nem obrigações.

Nos contratos de franquia, a forma de acordo provisório, que dá ciência às partes de tudo o que é necessário para eventualmente firmarem o contrato definitivo, é a Circular de Oferta de Franquia (COF). Porém, sua entrega não se caracteriza com proposta, nem gera expectativas para as partes. Se trata de mera negociação inicial, sem que haja vinculação jurídica entre os participantes. Esta fase pré-contratual não cria direitos nem obrigações, mas tem por objeto o consentimento das partes para a conclusão do negócio jurídico contratual, não estabelecendo qualquer laço convencional⁵¹.

Não se pode confundir, porém, com o *contrato preliminar*, disposto nos arts. 462 a 466 do Código Civil, que para sua caracterização deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. Nele, caso não conste cláusula de *arrependimento*, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do contrato definitivo. Gera, portanto, direitos e deveres para as partes, que assumem uma *obrigação de fazer* aquele contrato final⁵².

Como forma de transparência, a COF deve ser disponibilizada pelo franqueador com antecedência mínima de 10 (dez) dias do eventual contrato ou pré-contrato. A lei a dá tanta importância, que consta em seu artigo 4º, parágrafo único, que o contrato se torna *anulável* caso tenha sido firmado sem observância do disposto ou apresentação da Circular de Oferta de Franquia, o que possibilita o pleito de devolução os eventuais valores pagos a título de taxa de filiação e *royalties*, corrigidos monetariamente cumulado com perdas e danos.

Frisa-se, porém, que a ausência da COF, por si só, não torna *nulo* o contrato de pleno direito, e sim *anulável*. A questão, inclusive, foi debatida em interessante precedente do Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA C/C COBRANÇA - UTILIZAÇÃO DA MARCA INSAT - INEXIGIBILIDADE DA CLÁUSULA PENAL PREVISTA DO CONTRATO - CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA - DISPENSA DE FORMALIZAÇÃO - AMPLA DISCUSSÃO DO NEGÓCIO - TERMO FINAL DE PAGAMENTO DOS

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

⁵² DINIZ, Maria Helena. Ob. cit, 2012, p. 60.

ROYALTIES - APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO- SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - ARTIGO 21, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Inexistindo elementos nos autos que atribua a ré a responsabilidade pela rescisão contratual não procede o pedido de condenação ao pagamento da multa contratual.
2. "Não obstante a ausência de Circular de Oferta de Franquia possa ensejar a declaração de nulidade de contrato, no caso dos autos, restou demonstrado que pela amizade existente entre os sócios houve ampla discussão antes da formalização do contrato, com todos os esclarecimentos necessários ao desenvolvimento deste." (da MMª Juíza da causa, Douta Carmen Lucia de Azevedo e Mello, fl. 388).
3. Decaindo o autor e reconvinte de parte de seus pedidos, resta caracterizada a sucumbência recíproca, com incidência do disposto no artigo 21, caput, do Código de Processo Civil.
4. Apelações desprovidas.

(TJPR - 7ª C.Cível - AC - 716759-9 - Curitiba - Rel.: Guilherme Luiz Gomes - Unânime - - J. 17.05.2011)

Vê-se do precedente acima que a ausência da COF foi suprida pela extensa conversação oral em decorrência da amizade entre franqueador e franqueado. Uma vez comprovado que o franqueado possuía total ciência do negócio que pretendia investir, a ação foi julgada improcedente nesta parte.

Por fim, em consonância com os ensinamentos de Maria Helena Diniz⁵³, importa salientar que apesar de faltar obrigatoriedade ao acordo provisório supracitado, como antes comentado, existe, no entanto, responsabilidade pré-contratual, que decorre do comportamento de boa-fé. Desta feita, em caso da existência de dolo, negligência ou imprudência por parte do desistente, é autorizado o direito de exigir reparação pelo dano sofrido, e aplicam-se as regras da responsabilidade extracontratual.

2.3. Modalidades de Franquia

A realidade contemporânea, com a queda de barreiras comerciais e com o fenômeno da globalização fez com que a atividade empresarial mudasse suas estratégias. Os consumidores cada vez mais desejam os mesmos produtos – estejam em Florianópolis, São Paulo, Nova York ou Tóquio. E a franquia, pela padronização característica que tem, ocupa esse espaço no mercado.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit, 2012, p. 62.

A Lei de Franquia, como dito, não regula o conteúdo dos contratos. É o mercado que tem distinguido os tipos de franquia quanto à suas diferentes naturezas. Doutrinariamente, não há entendimento pacificado quanto ao tema, de modo que aqui haverá uma junção dos conceitos na tentativa de encontrar tipicidade comum dos autores.

Para Denis Borges Barbosa⁵⁴, quanto à natureza da prestação do franqueado, existem quatro modalidades: (i) a franquia de distribuição, que ocorre quando o franqueador produz ou adquire os produtos de terceiros e os distribui para a rede); (ii) a franquia de produção, que caracteriza-se quando é o próprio franqueado que produz as mercadorias; (iii) a franquia de serviços, quando o franqueado oferece serviços criados pelo franqueador; e (iv) a franquia industrial, que seria a modalidade em que o franqueado, além de usar a marca do franqueador, toma a fórmula para fabricação do produto.

Já quanto ao conteúdo, explica que se “distinguem o *franchising* não exclusivo – o franqueado recebe marca e produto sem exclusividade de território; o exclusivo, sendo que em certos casos ele poderá reparti-lo em frações menores – subfranquias em face do franqueado-mestre -, num encadeamento sucessivo que parece com a concessão mercantil; o *franchising* de conversão, no qual o empresário já operante no setor adota a franquia; e o que se reputa ser a franquia em estado puro (denominada BFF), quando o franqueado recebe treinamento, promoções, mercado, às vezes serviços de apoio como reservas de hóspedes, propaganda centralizada, etc, e até fornecimento de equipamentos”.

A franquia em estado puro comentada pelo ilustre jurista acima mencionado, denominada de “BFF”, abreviação para *Business Format Franchising*, que se traduz para “franquia de negócio formatado”, é a franquia comumente conhecida e a mais difundida tanto internacionalmente como no Brasil. É a que trata-se neste trabalho, em que o franqueado não só recebe a licença de uso de marca, mas sim uma forma de organização empresarial com a transmissão do *know how*. Consiste em um sistema de administração da empresa já estruturado, a partir de um modelo formatado, padronizado.

Adalberto Simão Filho⁵⁵ assim define essa modalidade de franquia:

Este gênero de franchise é uma consequência da própria evolução do instituto, no qual há uma relação estreita e completa entre franqueador e franqueado cumpridores de uma série de regras impostas pela formatação do pacote de franchise. Essas regras visam à homogeneização da rede com o fim de beneficiar não só o sistema de operação comercializado, como também o consumidor final. Essa possibilidade existe justamente em função da formatação levada a efeito pelo franqueador em seu negócio, sistema este que é cedido em caráter oneroso ou gratuito ao franqueado para operação do franchise.

⁵⁴ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da propriedade intelectual, Tomo IV, 2015. p. 574.

⁵⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto. Franchising: aspectos jurídicos e contratuais. São Paulo: Atlas, 1993. p. 43.

Na visão de Marcelo M. Bertoldi, as modalidades de franquias são determinadas pelo grau de envolvimento entre franqueado e franqueador. Distingue-as, dessa forma, em duas: *a franquia de marca e de produto* e *a business format franchising*:

A franquia de marca e de produto caracteriza-se pela concessão de uso de uma determinada marca para a venda de produto de maneira exclusiva e a ela relacionado – é o exemplo dos postos de gasolina, das distribuidoras de bebidas e das revendas de veículos.

Na *business format franchising*, além da marca, o franqueador transfere ao franqueado a própria formatação pormenorizada do negócio, mediante a transferência de normas operacionais, técnicas e de procedimentos, métodos de serviços etc. Nessa forma de franquia, o franqueado sujeita-se a acatar irrestritamente de uma série de normas convencionais que dão a formatação padrão do negócio desenvolvido pelo franqueador e que lhe são transferidas. É o exemplo do McDonald's, cujas lanchonetes obedecem a uma série de normas que incluem a forma de propaganda, tabelamento de preços, forma de manipulação dos produtos vendidos, maneira de atendimento ao público, forma arquitetônica das lojas etc.⁵⁶

Ou seja, a franquia de negócio formatado tem o condão de minimizar e distribuir riscos, deixando o franqueador de investir recursos próprios ou empréstimos bancários para poder propagar seu negócio. Por sua vez, o franqueado investe os seus recursos disponíveis em um negócio já consolidado, de fundo de comércio já consolidado, tornando a probabilidade de seu sucesso ser muito maior do que um completamente novo.

2.4. Direito comparado: Franquia (BR) x *Franchising* (EUA)

Nos Estados Unidos, há regulações específicas para cada grau de detalhamento da relação de franquia, das mais simples às complexas, dependendo da lei de cada estado. Por mais que a legislação de alguns dos estados da federação tratem sobre o assunto, sua maioria não regulamentou tal instituto. Limitou-se a constar no Código Comercial Americano somente a inclusão do princípio da boa-fé.

Destarte, o conceito jurídico que mais possui expressão naquele país é o da *International Franchise Association* (IFA)⁵⁷, órgão sediado nos EUA que atua desde 1960:

Franchising is simply a method for expanding a business and distributing goods and services through a licensing relationship. In franchising, franchisors (a person or company that grants the license to a third party for the conducting of a business under their marks) not only specify the products and services that will be offered by the franchisees (a person or company who is granted the license to do business under the trademark and trade name by the franchisor), but also provide them with an operating system, brand and support.

⁵⁶ BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 9. ed. São Paulo, 2015. p. 856

⁵⁷ Disponível em <http://www.franchise.org/>, acesso em 10/11/2015.

Lá, da mesma forma que aqui, o instituto de *franchising* é regulado por lei federal, chamada de *Franchise Rule*⁵⁸, editada pela *Federal Trade Commission*. De forma parecida com a lei brasileira, a lei federal americana basicamente regula a formalidade da *Uniform Franchising Offering Circular* – aqui Circular de Oferta de Franquia –, bem como do “*disclosure*” (divulgação) das informações necessárias e pequenas outras disposições.

2.5. Classificação

Sob o ponto de vista jurídico, afirma Sebastião José Roque⁵⁹ que a franquia é geralmente um complexo de contratos, um principal e outros acessórios. Aproxima-se do contrato de distribuição e de representação ou agência – e, amplamente, como contrato de transferência de tecnologia. A classificação, no entanto, é divergente e varia de autor para autor. Típico ou atípico, solene ou não solene são alguns dos conceitos que não possuem unanimidade teórica, diferente das classificações de uni/bilateralidade, onerosidade etc., que não demandam maiores discussões. Desse modo, para a presente monografia utilizar-se-ão os doutrinadores até então citados. Assim, o Contrato de Franquia classifica-se como:

- (i) Bilateral: manifestada sob diversas formas, a começar pela caracterização positiva de duas partes – franqueador e franqueado – como também pelas obrigações mútuas. Caso não haja o cumprimento de uma obrigação por uma das partes, tem a outra direito à rescisão e, senão, aplica-se o princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, ou literalmente *exceção do contrato não cumprido*, cuja ocorrência é adstrita aos contratos bilaterais.
- (ii) Consensual ou não solene: Ponto divergente, o simples consenso entre as partes, com manifestação do acordo de vontades, aperfeiçoa o contrato. Mesmo com o advento da Lei das Franquias, o contrato de franquia manteve-se não solene, ou seja, como ensina Orlando Gomes⁶⁰, não há a necessidade de serem lavrados por tabelião, ou na forma de escritura pública. Devem, porém, ter a forma escrita. É o que prescreve o art. 6º da Lei de Franquias: “Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público”.

⁵⁸ Disponível em <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/franchise-rule>, acesso em 10/11/2015.

⁵⁹ ROQUE, Sebastião José. Do contrato de franquia empresarial. São Paulo, Ícone, 2012, p. 16.

⁶⁰ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 77.

Apesar da inconsonância doutrinária a respeito dessa classificação, utiliza-se, neste trabalho, a interpretação da autora Fran Martins⁶¹, que explica: “É consensual porque se torna obrigatória pela simples manifestação da vontade dos contratantes. Quase sempre se forma por escrito, mas, pelo menos teoricamente, poderá ser constituído verbalmente. Em tal caso, sua prova se faz principalmente pela escrituração dos livros dos contratantes. O pagamento de uma certa *taxa de filiação* não é essência da formação do contrato e sim uma consequência do acordo das partes. Alguns contratos dispensam mesmo esse pagamento”. Vê-se contradição quando o art. 6º da Lei 8.955/94 exige a forma escrita e utiliza a expressão “sempre”. Porém, a jurisprudência, como demonstrado no precedente disposto no subcapítulo 2.2., entende que é possível dar-se de forma oral.

- (iii) Misto ou único: Com o advento da Lei das Franquias brasileira, nasceu a dúvida doutrinária acerca da classificação contratual – se *típico*, haja vista regulado por lei lacônica, como defende Fran Martins⁶²; ou atípico, como sustenta Fábio Ulhoa Coelho⁶³, por não constar na legislação específica quais os direitos e obrigações dos contratantes pois dispõe praticamente apenas sobre a Circular de Oferta de Franquia. No entanto, foi na lição de Carlos Roberto Gonçalves que o autor da presente monografia encontrou, em sua opinião, melhor classificação para o dilema: “*O contrato misto resulta da combinação de um contrato típico com cláusulas criadas pela vontade dos contratantes. Deixa de ser um contrato essencialmente típico, mas não se transforma em outro totalmente atípico. A nova combinação gera uma nova espécie contratual, não prevista ou regulada em lei. Constitui, pois, contrato único ou unitário. Segundo Antunes Varela, o contrato misto reúne elementos de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.*” Vê-se que se aplicam as definições de tal espécie contratual ao contrato de franquia. Apesar de ser *nominado*, haja vista possuir denominação expressa em lei, não constam os direitos e obrigações das partes contratantes, requisito fundamental para sua tipicidade. Tem-se, assim, que o contrato de franquia absorve características dos típicos e dos atípicos, tornando-se *misto*.

- (iv) Oneroso: Ambas as partes visam obtenção de vantagem econômica.

⁶¹ MARTINS, Fran. Ob. cit. p. 445.

⁶² MARTINS, Fran. Ob. cit. p. 445.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- (v) Comutativo: As partes são conhecedoras de seus direitos e obrigações e procuram conciliá-los⁶⁴. Toda prestação corresponde a uma contraprestação equivalente, ao contrário dos contratos aleatórios.
- (vi) Execução continuada ou sucessiva: As prestações não se realizam em um só momento, e sim continuamente, dependendo da duração. O contrato sobrevive muito embora ocorram soluções periódicas até que se dê sua extinção pelo implemento de uma condição específica ou decurso do prazo. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁶⁵ ensina que “há interesse prático nesta classificação: a) em caso de nulidade do contrato de execução sucessiva, respeitam-se os efeitos produzidos, considerando-se impossível a restituição das partes ao estado anterior; b) a teoria da imprevisão, regulada expressamente no Código nos arts. 478 a 480 sob a rubrica de resolução por onerosidade excessiva incide sobre os contratos de execução diferida e continuada (v. nº 216, supra); c) somente em casos excepcionais pode uma das partes romper unilateralmente o contrato de execução continuada, salvo se ajustado por tempo indeterminado; d) a prescrição da ação de resolução do contrato, por descumprimento, corre separadamente de cada uma das prestações, podendo-se acrescentar que a prescrição do direito de receber cada prestação independe das anteriores como das posteriores (v. nº 123, supra, vol. I)”.
 (vii) Intuitu personae: Característica essencial do contrato de franquia é seu caráter personalíssimo. O franqueador, ao buscar um franqueado para sua rede, busca entre os interessados o que melhor desempenhará as respectivas atividades. Existe, deste jeito, confiança. Tanto o é, que um dos elementos que devem ser previstos na Circular de Oferta de Franquia, objeto de estudo do próximo subcapítulo, é o perfil do franqueado ideal para a franquia. Na lição de Orlando Gomes⁶⁶, o contrato é *intuitu personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é elemento determinante para sua conclusão. Por tal razão, a imensa maioria dos contratos dessa modalidade preveem opção pela franqueadora de resolução do pacto em caso de morte do franqueado. Ainda, é absolutamente vedada a cessão da posição contratual para terceiros sem o expreso consentimento da franqueadora.

⁶⁴ ROQUE, Sebastião José. Ob. cit., p. 17.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 56.

⁶⁶ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 97.

(viii) Por adesão: O inciso XV do art. 3º da Lei de Franquias (Lei 8.955) prevê a obrigatoriedade da apresentação de modelo de contrato-padrão ao franqueado como parte da COF. Porém, necessário, antes, salientar que existe divergência doutrinária quanto a diferença entre contrato *por* adesão e contrato *de* adesão. No primeiro, o consentimento é manifestado pela aceitação completa de todas as cláusulas contratuais sobre um negócio específico que, apesar da dificuldade em impor alterações quanto ao seu teor, o destinatário não está forçado a contratar. No *de* adesão, como explica Orlando Gomes⁶⁷, a diferença demonstra-se quando a oferta de um contrato rígido é feita a toda a coletividade sem a possibilidade de modificação, e a parte aderente é “obrigada” a contratar. No *por adesão*, embora o contrato seja pré-determinado, não existe a obrigação necessária de contratar, pois há opções. O contratante poderá buscar inúmeras opções de redes de franquias, em diversos segmentos. Nos *de adesão*, como muitas vezes em contratos de saúde e transporte público, o interessante não possui escolhas outras senão aquelas. Como consequência, o Poder Judiciário pode não aplicar regras que geralmente são aplicáveis aos contratos *de adesão*, como interpretação desfavorável de ambiguidade ao estipulante etc.

2.6. Cláusulas Contratuais

Muito embora o contrato de franquia possua lei própria e seja ela lacônica, como já tratado, não são nela previstos direitos e obrigações entre as partes que estabeleça expressamente normas básicas, essenciais. Faz-se o presente estudo, então, da análise de contratos de franquia utilizados na prática, bem como de obras dedicadas ao tema, de modo que o contrato caracteriza-se pelas seguintes cláusulas, além da cláusula que refere-se ao objeto: a) delimitação do território; b) o prazo; c) obrigações pecuniárias; d) à cessão de direitos de Propriedade Industrial; e) direitos e obrigações das partes; f) hipóteses de venda da unidade franqueada; g) causas e consequências de rescisão do contrato; h) confidencialidade; e, por fim; i) não concorrência.

Tratemos, agora, de cada uma.

a) Delimitação do território e exclusividade territorial:

⁶⁷ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 188.

A cláusula de delimitação e, muitas vezes, de *exclusividade* de território é imprescindível no contrato de franquia. Deve demarcar qual o perímetro de território que o franqueador estará concedendo ao franqueado para que este explore o negócio, seja de forma exclusiva ou não. Deve demonstrar de modo claro os limites territoriais impostos e, se houver exclusividade, a franqueadora não poderá conceder à nenhuma outra unidade franqueada da rede o direito de concorrer com o franqueado naquele espaço. Desse modo, evita-se a saturação dos respectivos pontos no mercado. Deve constar, ainda, o direito de preferência ao franqueado quando da intenção de abrir ou conceder outra unidade da rede naquele território exclusivo. Caso o franqueador não cumpra com o disposto nesta cláusula, estará ele, claramente, violando a boa-fé objetiva do contrato. Para efeito de ilustração, colaciona-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto a matéria:

Ação de rescisão contratual Cerceamento de defesa inócurre Ausência de impossibilidade jurídica do pedido Análise profunda das provas Violação da boa-fé Cláusula de exclusividade de território violada Rescisão contratual Pagamento de multa prevista no contrato e valor de comissões pela venda de produtos e franquias Necessidade de devolução dos tablets Honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da condenação Recurso parcialmente provido.

(TJSP - AP n. 0012990-63.2013.8.26.0100; Relator(a): Fortes Barbosa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 03/07/2014)

b) Prazo:

O prazo contratual é determinante para o sucesso do investimento. Isto porque maiores investimentos demandar proporcionalmente maior tempo para retorno do capital e obtenção de lucro – bem como maior risco.

Por tal razão o Código Civil protege o contratante de boa-fé quanto ao término de contratos de longa duração. Preceitua o art. 473⁶⁸, parágrafo único, que se uma das partes houver feito investimentos consideráveis para execução do contrato, a denúncia unilateral não produzirá efeitos senão depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Em regra, os contratos de franquia costumam ser firmados por prazo determinado, cujo período de vigência geralmente é estipulado de um a cinco anos, com possibilidade de

⁶⁸ Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

estipular-se sua renovação tácita, findado o prazo. Nada impede, contudo, que as partes convencionem o pacto por prazo indeterminado.

c) Obrigações Pecuniárias:

As disposições financeiras são pontos essenciais em negócios que visam lucros. Todos os contratos de franquia devem conter cláusula que preveja a remuneração ao franqueador; o valor da taxa inicial de filiação; remuneração periódica pelo uso de sistema; marca e *royalties*; taxa de publicidade etc. Boa parte dessa lista deve constar previamente, inclusive, na COF. Para melhor elucidar o leitor, colaciona-se o ensinamento de Alexandre Alves Schneider⁶⁹:

Em primeiro lugar, o contrato deve conter cláusula que determine o modo de atribuir preço aos produtos vendidos pelas unidades franqueadas. Normalmente, em função do princípio da padronização, adota-se preços uniformes em todas as unidades. Há, porém, a possibilidade de haver variações nos preços das unidades da rede devido à diferença nos custos regionais. A variação deve, no entanto, ser proporcional ao aumento dos custos.

Não se pode deixar de incluir cláusulas que tratam da remuneração do franqueador devida pelo franqueado, como a taxa inicial, a taxa para o fundo de propaganda e os *royalties*.

A chamada Taxa de Franquia ou Taxa Inicial, portanto, seria a princípio cobrada como forma de reembolso pelos custos de formatação do sistema, bem como pelo conhecimento técnico organizacional. É o pagamento que o interessado despende para participar da rede. Segue a lição do supracitado autor:

A taxa inicial dá ao franqueado o direito de uso da marca, e, em muitos casos, direito a receber assistência nas áreas de treinamento de pessoal, de auxílio arquitetônico, operacional, administrativo e jurídico (prestados pela equipe do franqueador). Estes e outros serviços são mantidos ao longo do tempo em troca do pagamento de *royalties*.

A taxa inicial deve ser fixada em contrato, com explicação detalhada de todos os serviços a serem fornecidos pelo franqueador.

Os *royalties*, palavra de origem inglesa que significa, de acordo com o sítio eletrônico do Senado Federal⁷⁰, “uma importância cobrada pelo proprietário de uma patente de produto, processo de produção, marca, entre outros, ou pelo autor de uma obra, para permitir seu uso ou comercialização”, incide sobre o faturamento das vendas em determinado período, e é cobrado sobre as vendas realizadas pelo franqueador dos produtos fornecidos. Podem também ser cobrados já agregados ao preço do produto, ou percentual sobre a venda da unidade franqueada.

⁶⁹ ALVES SCHNEIDER, Alexandre. Franchising: da prática à teoria. São Paulo: Maltese, 1991. p. 87.

⁷⁰ Disponível em http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/infos/inforoyalties_.htm, acesso em 11/11/2015.

Por fim, a Taxa de Propaganda consiste em percentual incidente sobre o faturamento, cujo fim é o da propagação e expansão da marca ou dos produtos da rede franqueada. Suas disposições dependem, é claro, de cada contrato em específico, mas, no geral, é a franqueadora a incumbida de providenciar o marketing da empresa. É que ensina SCHNEIDER⁷¹:

A taxa de propaganda, em geral, é recolhida mensalmente, e visa beneficiar todos os franqueados via propaganda institucional e propaganda para promover os produtos. Os valores desta taxa, bem como os prazos de pagamento, devem constar no contrato. Deve-se especificar também a abrangência da propaganda: se é nacional, regional ou local. Alguns franqueadores proíbem, em contrato, que os seus franqueados façam propaganda isoladamente, para evitar a concorrência interna entre os franqueados.

d) Cessão de direitos de Propriedade Industrial:

Os direitos de Propriedade Industrial, como os segredos comerciais/industriais e/ou *know how*, patentes, marcas, métodos, sistemas etc., são cedidos no contrato de franquia como licença. Possuem, logo, termo inicial e final. Não há transferência de titularidade. E é dessa premissa que originam as cláusulas de confidencialidade e não concorrência, a frente estudadas.

e) Direitos e obrigações das partes:

Existem padrões a serem seguidos. Pressuposto da franquia, como já salientado inúmeras vezes, a unidade franqueada tem de manter a qualidade do produto e atendimento, o *lay out*, os preços etc. A unidade franqueada deve ser uma *réplica* da unidade original. Consequentemente, o contrato prevê obrigações tanto para franqueador quanto ao franqueado para que seja mantida sua utilidade.

Ao franqueado, funcionários devidamente treinados; compra mínima de estoque; registro nos órgãos competentes; e na maioria das vezes, existe previsão de *exclusividade de provisionamento*, ou seja, o franqueado só é permitido adquirir matéria prima de fornecedores indicados pelo franqueador. Na visão de José Castro Schwartz⁷², o franqueado deve “a) promover a remuneração, estabelecida em contrato, ao franqueador; b) fazer uso da marca e prestar os serviços, conforme as estipulações contratuais; c) exercer o objeto da franquia, de

⁷¹ ALVES SCHNEIDER, Alexandre. Op. cit. p. 87.

⁷² SCHWARTZ, Jose Castro. Franquia de A a Z: O que você precisa saber, Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003, p. 21.

forma a proteger, divulgar e promover a marca do franqueado; d) suportar os custos relativos ao contrato de franquia, constituindo, para tanto, firma que possa remunerar o franqueador da forma previamente estabelecida no contrato; e) observar, no momento da implantação da franquia, os aspectos referentes ao imóvel onde esta será explorada, obedecendo os padrões estabelecidos pelo fornecedor, não realizando mudanças na apresentação do negócio, sem a prévia autorização do franqueador; f) explorar, com exclusividade o objeto da franquia no local a este fim destinado; g) participar dos treinamentos oferecidos pelo franqueador; h) obedecer, rigorosamente, as especificações do franqueador quanto aos produtos, serviços ou uso da marca; i) não quebrar o sigilo referente aos métodos, técnicas e processos utilizados pelo franqueador na elaboração de seus produtos; j) não envolver o franqueador em obrigações e operações de crédito não reguladas expressamente pelo contrato; k) obedecer às estipulações do Código de Auto-Regulamentação da ABF e às inerentes ao contrato celebrado com o franqueados.”

Ao franqueador, é ele obrigado a fornecer os Manuais de Procedimento que constituem grande parte do *know how*; a prestar assistência técnica e gerencial ao franqueado; conceder o uso da marca... Entre outras tantas. Nelson Abrão⁷³ lista as principais obrigações do franqueado como sendo “I – conceder o uso da marca e do título do estabelecimento, se for o caso; II – Observar a exclusividade territorial em favor do franqueado; III – Ajudar na construção e na instalação do ponto e negócio, fornecendo projetos e especificações gerais e ajudar na escolha de um construtor; IV – Colocar à disposição do franqueado um conselheiro para facilitar a inauguração do estabelecimento e sua subsequente exploração; V - Colocar à disposição do franqueado um curso de formação de dirigentes do estabelecimento; VI – Promover a publicidade em favor do franqueado; VII – Vender ao franqueado insumos e materiais em geral que constituam parte integrante ou totalidade dos produtos fabricados, vendidos ou consumidos no estabelecimento daquele; VIII – Transferir os direitos da franquia às pessoas expressamente designadas no contrato; IX – Submeter-se, em caso de dúvida, a arbitramento, previsto no contrato e observar as regras da matéria impostas por associação de arbitragem ou entidade congênere.”

f) Hipóteses de venda da unidade franqueada:

⁷³ ABRÃO, Nelson. Da franquia comercial, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1994. p. 17.

Como visto no tópico 2.5., referente a classificação dos contratos de franquia, tem-se que é ele de caráter *intuitu personae*. Dessa forma, o pacto firmado entre os contratantes depende da confiança e só terá efeito entre as partes que o assinaram. O franqueador, ao escolher este formato de negócio como seu, não deseja exclusivamente quem possua o capital suficiente para adquirir uma unidade: os prejuízos em caso de insucesso de um de seus franqueados, denegrindo o nome de sua marca e o respeito no mercado que outrora possuía, são muito superiores que a receita percebida com a Taxa Inicial.

Desta feita, uma série de restrições são impostas quando da intenção de modificação na composição ou quadro societário do franqueado, bem como nos casos de sucessão. Em geral, atribui-se o *direito de preferência* ao franqueador na compra da unidade e do ponto comercial quando tem o franqueado a intenção de vendê-lo, nas mesmas condições que o franqueado teria caso vendesse para terceiros. É imposta ainda a necessidade de aprovação pelo franqueador de eventual cessão, sob pena de nulidade do negócio jurídico de compra e venda. Caso seja o comprador aprovado pelo franqueador, ele terá de pactuar novo contrato, com condições próprias.

Finalmente, em caso da não aprovação pela franqueadora do eventual comprador da unidade objeto de venda pelo franqueado, o negócio se dará apenas quanto ao estabelecimento, na forma de trespasse, e aos ativos corpóreos da empresa. Os bens incorpóreos, como marca, patentes, segredos de negócios, propaganda etc., que decorrem do caráter personalíssimo do contrato, não poderão ser transferidos ao terceiro comprador.

Esse grau de ingerência do franqueador na empresa do franqueado, peculiar do contrato de franquia, dá como causa de rescisão, inclusive, alteração do quadro societário da pessoa jurídica franqueada ou alteração de seu controle.

g) Causas e consequências de rescisão do contrato:

A Lei de Franquia não trata de formas de extinção do contrato. Como visto, se restringe a formalizar a Circular de Oferta de Franquia. Cabem, destarte, as regras gerais de regência supletiva do Código Civil, em seus art. 472 e seguintes.

Constarão no contrato, em regra, as situações que acarretarão a extinção do negócio, bem como eventual multa pecuniária por rescisão antecipada. Em geral, o término contratual se dará nos casos de: 1) decurso do prazo; 2) descumprimento contratual de alguma das partes; 3) distrato; 4) pelo inadimplemento; 5) práticas comerciais ilícitas; 6) falta de efetuação dos devidos registros nos órgãos competentes; 7) interrupção do funcionamento da

unidade franqueada por período demasiadamente longo; 8) uso indevido da marca; 9) reprodução indevida dos materiais fornecidos, como manuais, pelo franqueado, ou a falta de fornecimento destes pelo franqueador; 10) força maior; 11) transferência ou cessão não autorizada; e 12) pela prestação de informações falsas.

Ainda, entende-se como “descumprimento contratual”, item 2) da lista anterior, se qualquer das partes tiver decretada sua falência, recuperação judicial ou envolvimento em operações de crédito fraudulentas.

Nesse sentido, cita-se SIMÃO FILHO⁷⁴ quando lista as usuais causas da rescisão:

As que mais atentam ao espírito do instituto em estudo dizem respeito à ruptura da cláusula de exclusividade, inexistência do *know how* prometido, ruptura de sigilo, descumprimento de cláusulas relativas à assistência técnica, falta de pagamento das prestações, violação da cláusula de não-concorrência, ocultação dos lucros sobre a comercialização dos produtos ou serviços etc.

Vê-se que por ser o contrato objeto de estudo um contrato *por adesão*, a dificuldade de alteração das cláusulas do instrumento faz com que a maioria das situações que ensejam o fim do contrato sejam situações que o franqueado teria culpa. Não pagamento; falta de elaboração de relatórios de controle pelo franqueado; interrupção de funcionamento do estabelecimento e tantas outras. Inclusive, em caso da rescisão do contrato for por culpa do franqueado costuma existir cláusula que prevê o pagamento de lucros cessantes e multas ao franqueador. Por fim, é imposta *cláusula de não concorrência*, cuja eficácia se dá *após* o término da relação contratual – que será devidamente estudada a seguir.

Percebe-se que a franqueadora possui posição de superioridade. Ora, por óbvio, a maior parte das disposições servem, sim, para proteger a propriedade industrial da parte que a possui - e com razão. Como anteriormente falado, o segredo de negócio, *know how*, o método organizacional, enfim, tudo o que dá ao negócio a receita de sucesso, deve ser protegido. Senão, o contrato de franquia em si não faria sentido.

Dessa forma, uma vez extinto o contrato, o franqueado deve proceder da seguinte maneira: i) cessar imediatamente o uso das marcas franqueadas e outros sinais identificadores da rede de franquias; ii) descaracterizar, geralmente em trinta dias da extinção, o padrão visual da franqueadora; iii) cessar a prestação de quaisquer serviços ou comercialização de quaisquer produtos de propriedade industrial da franqueadora; iv) devolver à franqueadora todos os Manuais ou quaisquer materiais contendo procedimentos operacionais, materiais de publicidade e quaisquer outros documentos relativos à franquia, bem como suas cópias, em regra dentro de prazo estipulado a partir do termo ou rescisão contratual; v) cessar o uso,

⁷⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. cit., p. 79.

direta ou indiretamente, sob qualquer forma, de qualquer tecnologia de operação do negócio da franqueadora ou qualquer outro *know how* de operação do sistema, como *softwares* ou quaisquer outras ferramentas correspondentes; vi) manter a confidencialidade, a seguir tratada, das informações técnicas e comerciais, disposição essa que tem efeito pós-contratual; vii) saldar imediatamente todos os débitos com a franqueadora; e, por fim viii) durante o prazo estipulado, em geral dois anos, não operar, direta ou indiretamente, qualquer negócio que venha a competir com a rede franqueadora, sob pena de sujeita-se ao pagamento da multa diária estipulada, multa esta que é devida sem prejuízo da culminação de quaisquer outras medidas cíveis ou penais. É esta disposição que trataremos com maior atenção no capítulo terceiro.

h) Confidencialidade:

Por toda a revelação e transmissão de informações e segredos industriais/comerciais, a cláusula de confidencialidade (“*disclosure agreement*”) é a forma por qual são há a definição e caracterização do *que é* uma “informação confidencial”, bem como seu uso adequado pela “Parte Receptora” e em quais situações poderão ser ela reveladas.

Nela, o franqueado compromete-se a manter a mais irrestrita confidencialidade em relação ao conteúdo dos manuais e demais documentos relacionados ao *know how*, bem como qualquer informação transmitida no decorrer da relação contratual. Por força do inciso XI, do art. 195 da Lei n. 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), comete crime de concorrência desleal quem “divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato”. Vê-se que a obrigação é mantida *mesmo após o término do contrato*.

i) Não concorrência (ou quarentena comercial ou barreira):

Chegamos, nesse momento, ao estudo da cláusula de não concorrência, ou também chamada de cláusula de quarentena, fundamental para a consecução deste trabalho.

Apesar de não existir previsão específica na Lei de Defesa Econômica, a restrição à concorrência possui fulcro no art. 1.147 da Lei 10.406/02, que de lá é extraído:

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Por analogia, aplica-se aquele artigo, que refere-se ao *trespasse*, á outras espécies contratuais. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE reconhece o uso da cláusula de não concorrência quando limitas no tempo e no espaço:

CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDADE - SEGREDOS DE INDÚSTRIA – RESTRIÇÃO DE USO PELO VENDEDOR EM ATO DE CONCENTRAÇÃO PELO PRAZO DE DEZ ANOS – ADMISSIBILIDADE Admissível é a cláusula de confidencialidade que impeça o vendedor em ato de concentração de se utilizar de conhecimento/informações confidenciais transferidos por meio da operação pelo prazo de dez anos.

"É flagrante na jurisprudência do CADE que a cláusula de não concorrência é tida como uma prática comercial corriqueira, não configurando, por si, ilícito anticoncorrencial. Também é evidente que o CADE vem estabelecendo em 5 anos o período que, a priori, é considerável razoável, sem deixar de reconhecer casos que demandam um período de não concorrência mais alongado. (...) Entretanto, não se justifica o impedimento à vendedora de atuar no setor por 10 anos. As peculiaridades do mercado de saúde animal que segundo as Requerentes, poderiam justificar a manutenção do alongado período já são tratadas, sobremaneira, pela cláusula de confidencialidade que tem duração de 10 anos. Não sobrevive, justamente pelo alcance da cláusula de confidencialidade, a necessidade de impedir-se a vendedora de atuar no mercado por período superior a cinco anos. Assim, a vendedora, após cinco anos, contados do fechamento da operação, poderá atuar no mercado por meio de produtos de domínio público ou pela pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, sem, entretanto, utilizar-se das informações consideradas confidenciais e transferidas à compradora por meio dessa operação. De tal maneira, determino a redução do período de não concorrência estipulado em 10 anos, para 5 anos, lapso tido pela jurisprudência do CADE⁷⁵ como razoável para a vigência dessa espécie de cláusula. Não obstante, ressalto, fica mantida a cláusula (7.01, f) que estabelece em 10 anos o período em que a vendedora não poderá divulgar ou utilizar as informações confidenciais".⁷⁵

Outrossim, a validade da cláusula é confirmada em julgado do Superior Tribunal de Justiça de recurso especial⁷⁶ interposto por uma concessionária de telefonia contra uma microempresa. Fundamentou-se que as cláusulas seriam válidas desde que limitadas espaço e temporalmente, pois adequadas para evitar os efeitos danosos de desvio de clientela – bem como para a proteção do *know how*.

De fato, o franqueado que tenha em mãos todo o *know how*, que recebeu todos os manuais de *layout*, procedimento, produção e experiência do franqueador não pode simplesmente levar consigo todo esse conhecimento, que não lhe pertence, e abrir negócio próprio. Claro, não precisará pagar as taxas de franquia, as taxas de propaganda, os *royalties*, não precisará prestar satisfações, etc, ou seja, se desincumbirá do ônus. *Mas manterá o bônus*.

⁷⁵ Ato de Concentração n.º 08012.001856/02-45, de 26 de fevereiro de 2003, Requerentes: Coopers do Brasil Ltda. e Indústria Química e Farmacêutica Schering-Plough. In DOU de 2 de abril de 2003, Seção 1, pág. 38. O julgado dá como precedentes os AC n.º 08012.000317/99-12 – Dyno Industries ASA e Placas do Paraná S.A., Conselheira-Relatora Hebe Romano e AC n.º 08012.0002266/99-46 – Hebdo Mag Brasil Holding Ltda. e Editora Balcão Ltda., Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca.

⁷⁶ Recurso Especial n. 1.203.109 - MG (20100127767-0), Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, J: 5/05/2015, do Superior Tribunal de Justiça

Colaciona-se jurisprudência sobre a legalidade de tal disposição:

Apelação cível. Contrato de franquia. "cláusula de quarentena". Viabilidade jurídica. Boa-fé. E perfeitamente viável a previsão de período de "quarentena", imposto ao franqueado, logo após a resolução do negócio jurídico de franquia. No caso concreto, o período previsto é de um ano, com estabelecimento de multa para a hipótese de infração a regra. Apelação desprovida. (Apc n.º 597023191, sexta câmara cível, TJRS, relator: Des. Antônio Janyr dall'Agnol Junior, julgado em 18/03/1997)

Ilustra-se a referida cláusula da forma que é usualmente utilizada nos contratos mercantis e, inclusive e em especial, nos contratos de franquia:

“Cláusula X: Durante a validade do contrato, bem como no período de 2 (dois) anos subsequentes à sua rescisão, a FRANQUEADA, seus titulares e representantes legais, se comprometem a não explorar nenhuma atividade que, direta ou indiretamente, seja considerada concorrente ao ramo de atividade objeto da franquia ora cedida”.

Já salientado diversas vezes neste trabalho, a restrição à concorrência para proteção da Propriedade Industrial e repressão à concorrência desleal faz completo sentido – e é necessária. Porém, por vezes sua função é extrapolada e são causados sérios prejuízos ao ex-franqueado. A abrangência da restrição à competitividade, em alguns casos, parece desmedida. Nos moldes atuais, possui *extremo* alcance. Será justamente o estudo de seus efeitos e, principalmente, de seus requisitos de validade, que serão estudados no capítulo a seguir.

CAPITULO 3

A RESTRIÇÃO À CONCORRÊNCIA E SUA EFICÁCIA PÓS-CONTRATUAL

Existem diversas formas e motivos para a extinção de contratos com acordo de vontade que criam obrigações entre as partes. Cada uma dessas formas, originada por um determinado motivo, acarreta em determinadas consequências. Extinção pelo cumprimento da obrigação, por exemplo, dá-se quando cumpridas as obrigações pactuadas no tempo, modo e condições estipuladas.

A Lei das Franquias não tratou da extinção do contrato, já que, como dissemos, versa apenas sobre a divulgação (*disclosure*) de informações. Cabível, portanto, as regras gerais do direito contratual que prevê a Lei 10.406 de 2002, o Diploma Civil. Afirmam Maria Helena Diniz⁷⁷ que “embora um dos efeitos do princípio da obrigatoriedade da convenção seja a impossibilidade de um contraente romper o laço contratual sem o consentimento do outro, tem-se admitido, em hipóteses excepcionais, a rescisão unilateral do contrato”.

Assim dispõe o art. 473 do Código Civil:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Conclui-se do referido *caput* que o contrato, se por prazo determinado, pode ser rescindido de forma unilateral apenas em casos expressos na lei ou no contrato, enquanto os de prazo indeterminado podem ser a qualquer tempo e de forma imotivada. Como observado no Capítulo II, os contratos de franquia são, em sua imensa maioria, por prazo determinado. Caso não haja motivação para a rescisão, a parte inocente poderá tanto aceitar a rescisão e requerer indenização proporcional (danos emergentes, lucros cessantes, eventual dano moral), quanto judicialmente pleitear o cumprimento do contrato.

Deste modo, caso uma das partes deseje rescindir a avença, o fará apenas por *denúncia motivada*, ou seja, com justa causa, seja por disposição legal ou disposição expressa no contrato, causas essas que se dá os exemplos de inadimplemento ou onerosidade excessiva.

Muitas vezes, porém, uma das partes é impedida de cumprir algumas de suas obrigações ou não as cumpre voluntariamente. Outras vezes, algum fato exterior à relação impede o cumprimento.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit. p. 187.

Quando uma das partes não cumpre ou não pode cumprir a obrigação que assumiu no contrato, a outra parte resta prejudicada. Pode, neste caso, a parte prejudicada por fim ao contrato. Neste caso, a doutrina entende que ocorreu *resolução contratual*⁷⁸.

Nos contratos de franquia, como em quaisquer outros, a relação contratual deve pautar-se na *boa-fé objetiva*, que, além de princípio contratual, é *cláusula geral*. Apesar da franquia ser contrato atípico, como exposto, de modo que é livre às partes pactuarem o que as suas vontades entenderem de direito - devendo-se respeitar o disposto no contrato -, o princípio da boa-fé objetiva cria uma série de obrigações que, mesmo não expressas no contrato, são obrigações laterais e dão causa à resolução. São exemplos o dever de transparência, de cooperação e colaboração. Logo, as partes – ambos franqueador e franqueado – devem agir conforme os parâmetros da boa-fé. Para efeito de ilustração, colaciona-se precedente de resolução de um contrato de franquia por quebra deste princípio:

CONTRATO DE FRANQUIA - VIOLAÇÃO POR AMBOS OS CONTRATANTES AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - RESCISÃO - REPARTIÇÃO. NA PROPORÇÃO DE 50%, DOS GASTOS DISPENDIDOS PELA FRANQUEADA À CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO - ADMISSIBILIDADE

Comprovando os elementos dos autos que ambas as partes descumpram o dever de boa-fé objetiva, impunha-se a rescisão do contrato objurgado. Ainda, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa da franqueadora, de rigor era sua condenação à restituição de 50% dos valores pagos pelas franqueadas e, nesse mesmo patamar, dos custos à implementação do negócio. Frise-se que, na espécie, houve ruptura por ambos os contratantes da legítima expectativa de conclusão do pacto hostilizado (*sic*)

(TJSP, AC n. 9217427-29.2007.8.26.0000; Relator(a): Renato Siqueira De Pretto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado E; J: 10/12/2008)

Mas é ela, a boa-fé, fundamento também para a validade da cláusula de restrição à concorrência. A jurisprudência entende que mesmo após a extinção do vínculo contratual, a cláusula remanesce válida pela eficácia pós-contratual decorrente do princípio da boa-fé objetiva. É o que se vê no precedente abaixo:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA CLÍNICA - MULTA POR INFRAÇÃO CONTRATUAL - CONTRATAÇÃO DE EX-FUNCIONÁRIOS DA PRESTADORA DO SERVIÇO - EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA IMPEDITIVA DE CONTRATAÇÃO POR PERÍODO DE TRÊS ANOS - CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA - VALIDADE CONTRATO EXTINTO - BOA-FÉ OBJETIVA - EFEITOS PÓS CONTRATUAIS - RECURSO DESPROVIDO.

Cabível a imposição da multa contratual à requerida que contrata ex-empregados de empresa prestadora de serviços de tecnologia, após a extinção do contrato, em afronta ao prazo previsto na cláusula de não concorrência. As partes devem guardar a boa-fé objetiva antes, durante e após a execução do contrato (CC, art. 422). Ainda que extinto o contrato, remanesce válida a cláusula de não concorrência firmada no bojo de contratos, à luz da eficácia pós-contratual decorrente do princípio da boa-fé

⁷⁸ MARTINS, Fran. Op. cit. p. 87.

objetiva prevista no art. 422 do CC/02. A vedação de não contratação pelo prazo de três anos, além de não se afigurar abusiva ou desarrazoada, visa preservar o interesse comercial da prestadora do serviço em manter seu investimento em mão de obra especializada, bem como em evitar a concorrência desleal, no caso justificada, frente à tecnologia por ela desenvolvida. (TJSP, A.C. n. 0002496-95.2009.8.26.0451; Relator(a): Clóvis Castelo; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/08/2011; Data de registro: 03/09/2011)

O jurista Denis Borges Barbosa⁷⁹, especialista no estudo do direito concorrencial, tratou de forma pormenorizada os requisitos de validade da restrição à concorrência. Em suas palavras:

Todas estas considerações possibilitam configurar os requisitos de validade e uma cláusula ou pacto em restrição à concorrência, na perspectiva do direito comum. As restrições devem ser limitadas no tempo, espaço e objeto, para subsistirem tão somente na proporção em que forem úteis, necessárias, para proteger um interesse legítimo do beneficiário. Assim sendo, tais cláusulas e pontos teriam uma função acessória, de garantir o ajuste principal, cujo propósito não é afetar diretamente a concorrência.

Extraí-se da lição do renomado advogado que as disposições que tratem de restrição à concorrência devem persistir tão somente *na proporção em que forem úteis, necessárias, para proteger um interesse legítimo do beneficiário*. Ainda, lembrando a lição de MONTEIRO DINIZ mencionada no subcapítulo referente à concorrência desleal⁸⁰:

Por restringir diretamente a liberdade das pessoas, com possíveis repercussões no exercício de direitos fundamentais, seu objeto deve ser preciso e estar claramente delimitado para o devedor. Assim, ao se fixar, como regra geral, o direito ao livre uso e circulação de informações, tem-se que o direito ao segredo se configura em especial exceção.

De acordo com essa orientação, quando o dever de sigilo formar-se a partir de negócio jurídico bilateral caberá ao credor o ônus de demonstrar interesse em que determinado conjunto de informações permaneça reservado, assim como o fato de que o receptor da comunicação foi cientificado dessa decisão.

O interesse legítimo no caso do contrato de franquia é a Propriedade Industrial. Mas como dito, deve-se considerar a perspectiva da necessidade de proteção do segredo, e que tenha ele seu objeto delimitado.

Dá-se exemplos: a) suponha-se que há contrato de franquia em vigência, no setor alimentício. Ocorre que a franqueadora inadimpliu com suas obrigações - deixou de dar treinamento próprio aos funcionários do franqueado, deixando-o desamparado. Ainda, não entregou todos os Manuais que foram prometidos e omitiu informações necessárias para a reforma adequada do imóvel⁸¹. Como tratado, o treinamento aos funcionários e os Manuais de

⁷⁹ BARBOSA, Denis Borges. A doutrina da concorrência, 2002, p. 23. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/concorrencia.html>, acesso em 12/11/2015

⁸⁰ DINIZ, Davi Monteiro. Op. cit., p.143

⁸¹ FRANQUIA. Rescisão de contrato c.c. reparação de danos. Rescisão do contrato por culpa da franqueadora. Franqueadora que deliberadamente omitiu informações necessária para a reforma adequada do imóvel onde foi instalado o restaurante. Descumprimento do contrato. Inobservância da boa-fé objetiva. Rescisão por culpa da franqueadora. Devolução das taxas e royalties pagos devida. Danos morais. Ocorrência. Promessa enganosa e

procedimento fazem parte integrante da organização da gestão empresarial da franqueadora e, portanto, *constituem parte do know how*. Ora, se não houve sequer a transmissão total do *know how*, e houve a quebra da boa-fé objetiva com o inadimplemento por parte da franqueadora, é legítima a manutenção de restrição à concorrência ao franqueado, que, não por sua causa, teve o contrato rescindido mas deseja atuar no ramo que já atua?

Ainda, b) suponhamos que, novamente, estamos diante de um contrato de franquia em vigência, de produtos alimentícios, este localizado em um Shopping Center. Diferente do exemplo anterior, houve a transmissão do *know how* - os Manuais de Procedimento foram todos devidamente entregues e os funcionários devidamente treinados. O franqueado, de fato, possui conhecimento de como gerir aquele negócio. Entretanto, na hipótese de que tenha havido quebra da relação contratual novamente por culpa da franqueadora, pelo motivo que for, como falta de prestação de assistência técnica. O franqueado se encontrará, então, com um contrato de locação em Shopping Center ainda vigente, cujas disposições locatícias exigem que, para aquele ponto comercial, seja comercializado somente produtos alimentícios. Nesse caso o franqueado, que não deu causa ao fim da relação contratual, não poderá atuar no ramo alimentício por causa da cláusula de não concorrência e nem poderá atuar em mercado diferente naquele ponto comercial. Por conseguinte, terá de encerrar a avença locatícia e devolver o ponto comercial livre e desimpedido, por vezes tendo que arcar com multa contratual rescisória ou, se assim desejar, manter-se naquele ponto e arcar com o risco de sofrer com o ajuizamento de ação judicial.

Como demonstrado nos exemplos, em alguns casos específicos, principalmente quando quem deu azo à rescisão do contrato foi a própria franqueadora (por intenção ou inadimplemento), parece injusto restringir o direito de um indivíduo, que trabalhou longo período de tempo naquela área, por vezes muitos anos, e acumulou experiência com sua profissão, seja impedido de exercer negócio naquele ramo – *desde que, por óbvio, não haja a utilização, exploração ou divulgação de informações sigilosas que constituam segredo de negócio da franqueadora*.

Para tornar cristalino: o empresário dos exemplos a) e b), como dito, atua no ramo alimentício com a venda de sanduíches. Na rede franqueadora e, por conseguinte, em sua unidade franqueada, é vendido uma variedade de sanduíches, com receitas próprias de criação da franqueadora. Considera-se que a receita daquele sanduíche, que compõe uma série de

ingredientes específicos, faz parte da propriedade industrial da franqueadora e é *segredo de seu negócio*.

Se nas hipóteses acima, após findado o contrato por culpa exclusiva da franqueadora e, portanto, violada a boa-fé objetiva da relação, deseje ele abrir sua própria lanchonete para continuar seus negócios, com nome do estabelecimento *completamente* distinto, cores e identidades visuais *completamente distintas*, em que se vendesse sanduiches com receitas *completamente distintas*, estaria configurada *concorrência desleal*?

Novamente, nos vemos em bifurcação delicada. A violação da boa-fé objetiva por uma das partes contratantes resulta na extinção do contrato, mas é válida a vigência de cláusula restritiva à concorrência, mesmo após a extinção, por cumprimento do princípio da boa-fé objetiva. Cumpre-nos analisar de forma pormenorizada esse entendimento. Para tanto, cita-se brevemente o Desembargador e jurista Ricardo Negrão, nos autos de ação que versa sobre tal disposição contratual:

Sobre as cláusulas já apontadas no tópico anterior como existentes no instrumento discutido, destaca-se que, em regra, a orientação jurisprudencial pátria aponta para a legalidade da cláusula de não concorrência como mecanismo sujeito à disposição de vontade entre as partes e apto a resguardar os conhecimentos e técnicas específicas empregados no negócio empresarial, protegendo-o da concorrência desleal que possa vir a sofrer nos casos de retirada de sócio, cessação de contrato de franquia, como in casu, ou qualquer outra hipótese análoga. (...)

O entendimento, entretanto, deve ser flexibilizado diante da análise das circunstâncias concretas da lide, impondo ao Julgador cautela na verificação do tênue limite existente entre a observância à autonomia da vontade nas tratativas negociais, e o respeito aos comandos constitucionais que resguardam a livre iniciativa (art. 170, caput, CF).

Ainda, no estudo da exigibilidade da cláusula de não concorrência em sede de antecipação de tutela, conforme pontuado pelo Exmo. Desembargador José Reynaldo em precedente recente desta Corte, deve ser ponderado que “a interdição do exercício de atividade juridicamente lícita deve ser precedida de robusta prova da violação de direito, no caso, da concorrência desleal que, em suma, é a causa de pedir próxima da ação de conhecimento”.⁸²

No caso objeto de julgamento, o Exmo. Desembargador Ricardo Negrão entendeu “concluir pela suficiência dos elementos de violação apresentados pela recorrente de defesa da vigência das cláusulas de não concorrência insertas no instrumento (...)”. É que, lá, “o registro cartorário foi instruído com descrição detalhada, fotografias e cupons fiscais que atestaram não apenas o vínculo dos recorridos com o negócio, como também a prática de atividade idêntica e com a utilização de elementos identificadores da marca da suplicante em cardápios, copos plásticos e fachada do estabelecimento”. Bom, se não houve sequer a descaracterização do estabelecimento para evitar captação ilegal de clientela, de fato não há

⁸² TJSP, A.I n. 2019437-42.2013.8.26.0000 ; Relator(a): Ricardo Negrão; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 17/02/2014.

falar em afastabilidade da cláusula de não concorrência - pois o franqueado não cumpriu com seu dever de boa-fé na relação comercial.

É que o princípio da obrigatoriedade dos contratos e, por conseguinte, das cláusulas do pacto, é mitigado – como já abordado. A interpretação dos contratos e de suas disposições, segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁸³, devem atender à finalidade econômica da operação, à boa-fé *presumida* e ao comportamento passado das partes, ao *conteúdo* real do ato, independentemente da terminologia utilizada, às peculiaridades do caso, aos usos sociais e locais e à equidade. Extraí-se da lição que aos contraentes *presume-se* a boa-fé. Caso seja comprovado ou haja indícios de atitudes contrárias aos bons costumes, medidas cabíveis devem ser tomadas. Senão, presume-se que os contraentes estão agindo com boas intenções.

Pois bem. Tal restrição à concorrência, como visto, é legítima, por tratar-se do ônus de ter recebido informações e métodos, ou seja, uma receita de como *ser* empresário. Como fazer um negócio render lucros e possuir prestígio no mercado é o bônus. Mas aí, tem-se o momento em que o Judiciário deve manifestar-se através de um de seus símbolos mais conhecidos: a balança. Qual dos institutos jurídicos possui “mais peso” – o *know how* empresarial ou a liberdade de concorrência e ação profissional?

Para respondermos essa questão, necessárias algumas considerações. A liberdade de ação profissional é princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso XIII. Afirma-se que ele constitui a possibilidade de um cidadão escolher o seu ofício bem como de exercê-lo. Quanto ao sigilo de informações significar impedimentos a esse desempenho, DAVI MONTEIRO DINIZ afirma:

(...) é corrente afirmar-se a irrazoabilidade de o segredo ser alongado de forma desmedida, a ponto de criar problemas para o pleno uso das capacidades dos trabalhadores, o que dificultaria de modo injusto o seu acesso ao mercado de trabalho e, desse modo, condições mínimas de sobrevivência. No Brasil, a importância da questão é destacada por MALHEIROS, ao discorrer sobre a tese de que a integração do conhecimento à experiência geral do trabalhador pode repelir as acusações de uso ilegal. DOMINGUES também aponta que habilidade e experiência técnica são qualidades que não podem ser destacadas do profissional, pois integram a sua pessoa, condição que por vezes pode transtornar a negociação do *know how*.⁸⁴

Como dito, a experiência técnica é algo intangível. O franqueado que atuar por anos com certeza adquirirá conhecimentos e técnicas para o sucesso naquela área. Com foco nesses conhecimentos, voltamos aos exemplos do empresário franqueado de uma rede do ramo alimentício de sanduíches que lá tenha, hipoteticamente, atuado por cinco anos. Foi instruído com os vídeos de treinamento de funcionários; fornecidos os projetos arquitetônicos padrão

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 65.

⁸⁴ DINIZ, Davi Monteiro. Op. cit. p. 137.

da franqueadora; indicadas as cores, *layout*, decoração etc. para sua loja, exatamente como o exemplo b).

Decorridos esses anos, aquele empresário sabe exatamente como bem gerir uma loja de sanduiches. Ele sabe como instruir seus funcionários, sabe como manter a loja apropriadamente apresentável para a clientela. O grande segredo da franqueadora perante seus concorrentes é sua marca; são suas cores características; o padrão de sua loja; sua fama; tudo isso somado ao seu *segredo de negócio*: a receita do hambúrguer; a receita do pão; qual condimento utilizar e quanto. Todo esse segredo de negócio consta nos Manuais fornecidos quando da contratação.

Existe previsão expressa, no entanto (unanimidade nos contratos de franquia), que todos os manuais, CDs, anotações, todo o material fornecido ou produzido a partir dos conhecimentos entregados pela franqueadora, devem ser devolvidos quando do término do contrato, seja por qual motivo for – como explicado no Capítulo II.

O restante das informações que constituem o *know how* acima mencionadas, como as cores, marca etc., *excluindo* os segredos de negócio, são frágeis. São de fácil acesso à terceiros e ao público em geral. Os bens jurídicos que são protegidos com a cláusula de restrição à concorrência são, então, o *segredo* e a *clientela*.

Parte dos clientes são adeptos àquela marca específica. Caso a lanchonete mude de nome, torne-se outra, parte dos clientes não lá voltarão. A outra parte, frequenta aquele estabelecimento pela proximidade de seu local de trabalho, ou de sua casa, que seja. O restante, vai até lá pois possui a qualidade esperada para aquele produto ou serviço.

Em determinado ponto, a franqueadora, percebendo seu sucesso, e usufruindo de sua posição privilegiada, abre uma loja franqueada autônoma, de sua propriedade, dentro do território de exclusividade daquele empresário franqueado. Oferece promoções melhores que as dele, haja vista adquirir os insumos com preço reduzido. Tal fraqueado ajuíza ação declaratória de rescisão contratual que, suponhamos, foi julgada procedente, com fundamento de violação da boa-fé objetiva. A cláusula de não concorrência, sabemos, perdura na fase pós-contratual (em geral, por dois anos).

Seria então *concorrência desleal* caso o, agora, *ex-franqueado* do exemplo, continuasse exercendo o trabalho que vinha exercendo nos últimos cinco anos, mas por conta própria: criasse uma nova marca, com novas cores e elementos distintivos *completamente diferentes* das da franqueadora; elaborasse receitas *novas* com pães e recheios *diferentes*; treinasse seus funcionários a serem bons funcionários, com conhecimentos que pertencem a

seu intelecto; trocasse a disposição e *layout* de sua loja, descaracterizando-a; e mantivesse por determinado período de tempo enorme cartaz exposto que salientasse a troca ocorrida?

É nesse sentido que cita-se o entendimento de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸⁵ em interessante precedente, cabível perfeitamente ao caso. A autora, franqueada, pugnou pela rescisão do contrato de franquia pela violação, pela franqueadora, de sua exclusividade territorial. Em sua defesa, a franqueadora impugnou os fatos alegados e salientou que houve descumprimento das obrigações contratuais pela franqueada pois substituiu seus letreiros luminosos pelos de outra empresa, porém estaria ela impedida haja vista a disposição de cláusula de barreira pelo período de três anos, beneficiando-se, então, da estrutura criada e vinculada à ela. Ainda, ajuizou reconvenção pleiteando por taxas devidas e não pagas.

A sentença julgou procedente a ação declaratória de rescisão contratual, pois entendeu que de fato houve a violação da cláusula de exclusividade pela franqueadora enquanto vigente o contrato, e parcialmente procedente a reconvenção aforada, somente em relação a algumas prestações em atraso. Cumpre colacionar, porém, trecho do acórdão que trata da cláusula restritiva de concorrência:

Via de consequência, a substituição dos letreiros luminosos da ré por outra marca, a “Doce Paixão Sorvetes” (fls. 223/224), após ter a mesma dado azo à rescisão do contrato, com justa causa, não implica violação à cláusula 27ª do contrato, de limitação de concorrência pelo prazo de 3 (três) anos após a rescisão da avença, instituída, evidentemente, em favor da parte inocente, não podendo beneficiar aquela que deu causa à rescisão com justa causa.

As cláusulas de não concorrência, após a rescisão do contrato, evidentemente, somente podem ser invocadas pela parte inocente, aquela que não deu causa à rescisão da avença, não se aplicando no caso vertente, no qual foi atribuída responsabilidade exclusiva da ré pelo não cumprimento do contrato de franquia.

Ora, se a cláusula de restrição à concorrência, no exemplo em tela, não serve para proteger o *know how* do contratante - haja vista a devolução do material fornecido e a garantia de não utilização dos mesmos, presumida sua boa-fé, bem como descaracterização arquitetônica e todo o demonstrado até aqui - *perde ela sua função social de existir*. Não mais possui a eficácia pós-contratual em decorrência da proteção da boa-fé objetiva, pois a boa-fé fora violada quando da resolução do contrato de forma ilícita.

Ensina Denis Borges Barbosa⁸⁶ que “Rubem Requião, de outro lado, também estabelece o limite razoável das restrições à concorrência. O critério para precisar a licitude de tais acordos, dizia ele, é, em *primeiro lugar*, determinar em que proporção o exercício da

⁸⁵ TJSP, AC n. 9059071-77.2000.8.26.0000, Relator(a): Fernandes Lobo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; J: 28/08/2007.

⁸⁶ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da propriedade intelectual, Tomo IV, 2015. p. 582.

concorrência pode causar dano ao outorgado. Em outras palavras, em que proporção tal disposição é necessária para proteger o interesse do beneficiário, sem ferir o da outra parte (e, no plano do direito antitruste, os interesses da defesa da concorrência como um todo). É o balanço de interesses que determina a licitude”.

Extrai-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O pleno exercício da liberdade de contratar pressupõe um acordo que cumpra determinada função econômica e social, sem a qual não se pode falar em legítima manifestação de vontade. Assim, não se pode impor a uma das partes a obrigação de se manter subordinada ao contrato se este não estiver cumprindo nenhuma função social e/ou econômica. (Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 3/11/2011, DJe 16/11/2011).

É que “o princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes” (Enunciado n.º 360 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV de Direito Civil) e que “a violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais” (Enunciado n.º 430 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil).⁸⁷

Pela regra da razoabilidade no direito antitruste, ou *rule of reason*, anteriormente mencionada quando debatida a *concorrência desleal*, são somente consideradas ilegais as práticas que restrinjam a concorrência de forma não razoável, ou seja, não são permitidas práticas que restringem o livre comércio e a livre concorrência sem que tenham justificativa. Como dispõe o art. 88, parágrafo 6º da Lei de Defesa Econômica, caso haja o aumento da produtividade e competitividade, que propiciem o desenvolvimento econômico, os atos são autorizados. Nos exemplos usados neste capítulo, a geração de empregos, circulação de riqueza, melhoramento dos bens e serviços são consequências positivas da continuidade de produção pelo ex-franqueado, *desde que, como incansavelmente repetido, não se utilize dos segredos de negócio do franqueador*.

Por fim, apesar de pouco abordado durante o trabalho, haja vista o enfoque ser especificamente os casos de resolução do contrato sem justa causa pela franqueadora, diversos são os casos em que a restrição da concorrência deve ser mantida válida e eficaz e atua com relevantíssimo e fundamental importância no direito concorrencial e civil, seja por proteção à autonomia volitiva das partes quando da rescisão imotivada por parte da *franqueada*:

TUTELA ANTECIPADA. Ação de ratificação de denúncia de contrato de franquia, c.c. obrigação de fazer, não fazer e indenização por perdas e danos. Indeferimento do pedido antecipatório da franqueadora, para que fossem os agravados compelidos a sobrestar o exercício de atividade como salão de cabeleireiro infantil, onde

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit, 2012, p. 47.

anteriormente instalada a unidade franqueada. Prova inequívoca, contudo, de que os agravados rescindiriam unilateralmente o contrato. Cláusula de não concorrência pelo período de 02 anos que foi redigida de forma clara e de fácil compreensão no instrumento de franquia. Continuidade das atividades dos agravados que poderá causar dano irreparável ou de difícil reparação ao direito da agravante (franqueadora). Tutela antecipada que deve ser concedida, para o fim de determinar o encerramento das atividades na unidade dos agravados, no prazo de 20 dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, A.I n. 2150028-24.2015.8.26.0000, Relator(a): Teixeira Leite; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 07/10/2015)

Seja pela por proteção ao *know how* e segredos de negócio da franqueadora protegidos pela Lei da Propriedade Industrial, quando a franqueada, após o término do contrato, ainda o utiliza, mesmo que em parte:

Franquia. Cautelar antecedente a procedimento arbitral. Cláusula de não concorrência. Evidências suficientes, colhidas por meio de ata notarial, de que os franqueados, descaracterizando o estabelecimento como unidade franqueada, estariam atuando no mesmo local e no mesmo ramo comercial, sob nova denominação. Requisitos para a imposição liminar de dever de abstenção presentes. Previsão de sanções contratuais para o caso de descumprimento da cláusula vedatória que não excluem a possibilidade de obtenção pela franqueadora da tutela específica da obrigação, não a compelindo a se conformar com a hipótese de futuro ressarcimento. Decisão de Primeiro Grau, nessa parte, denegatória da liminar requerida pela franqueadora, que se reforma. Agravo de instrumento da autora provido para tal fim. (TJSP, A.I n. 2114944-59.2015.8.26.0000, Relator(a): Fabio Tabosa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 03/08/2015)

Nesse caso em particular, interessante extrair trecho da decisão que demonstra *existirem diversos meios para a comprovação de violação à propriedade industrial da franqueadora*. A autora, franqueadora, fez lavrar ata notarial, com a visita do serventuário à sede da franqueada:

No plano dos fatos, o MM. Juiz reconheceu – tanto que deferiu em parte o provimento acautelatório buscado – ter a unidade franqueada sido descaracterizada, com exclusão dos elementos nominativos alusivos à marca da autora, não obstante tenha continuado a utilização dessa marca em documentos fiscais.

A conclusão veio baseada na minuciosa ata notarial que a autora fez lavrar, mediante visita feita pelo serventuário à unidade em questão, documento que pode em princípio ser tido como prova suficiente dos fatos ali descritos e que demonstra entre outras coisas que os réus seguem atuando no mesmíssimo local e ramo comercial, inclusive ainda negociando produtos da autora, muito embora com tentativa de dissimulação da marca.

Viu-se que a ata notarial, por exemplo, é um dos instrumentos de constatação de eventual violação da propriedade industrial de algumas das partes. Foi falado na fundamentação desta monografia quando da justificativa de afastabilidade da cláusula objeto nos casos de resolução por culpa da franqueadora que, de qualquer modo, mesmo que afastada a incidência do dispositivo, *permanece-se estritamente vedada a utilização de qualquer informação ou segredo de negócio daquela*. E no interessante precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Desembargador José Marcos Vieira demonstra que

possível a imposição proibitiva pelo Judiciário. Do mesmo modo que intervém para regular os efeitos da restrição à concorrência, deve o Judiciário reforçar e assegurar a proteção da Propriedade Intelectual. É o que se vê na ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO. BOA-FÉ. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA.

Analisada a cláusula de não concorrência à luz da função limitadora da boa-fé, observa-se que não há justificativa para impedir que a antiga franqueada explore atividade que não exerce concorrência sobre o mesmo mercado, destacada a vedação de utilização das técnicas da franqueadora.

(TJMG, AI: 10701130245460001 MG , Relator: José Marcos Vieira, Data de Julgamento: 24/04/2014, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/05/2014)

(...)

E do acórdão se retira:

Neste contexto, a proibição de atuar em quaisquer atividades relacionadas com Carnes se mostra abusiva, abrangendo até açougues e criação de gado. Noutro giro, se a agravante afirma que pretende apenas atuar no mercado de restaurantes self service, não vislumbro, por si só, a concorrência com o segmento de mercado denominado 'Authentic Steaks', que cuida de cortes especializados de carnes.

Eventualmente, caso se caracterize a utilização de métodos ou qualquer outra criação intelectual da franqueadora, poderá ela buscar a proteção do seu mercado. Porém, nos termos em que redigida, a cláusula de não concorrência viola o razoável, devendo ser contida pela função limitadora da boa-fé objetiva.

Com efeito, existem diversas ferramentas processuais para a proteção dos métodos e segredos de criação intelectual da franqueadora. Ação cautelar de abstenção de concorrência, tutela antecipada em processo de conhecimento, cautelar de produção antecipada de provas, etc. Finaliza-se a ilustração colacionando precedente neste sentido:

Escola de idioma (inglês) Conhecida instituição (WIZARD) que indica, em medida cautelar de produção de provas, a concorrência desleal praticada por ex-franqueada que, aproveitando material didático e demais ingredientes do know-how, abre unidade seguindo o método e o programa de ensino Inadmissibilidade Dever de abstenção que se impõe Não provimento.

(TJSP, A.I n. 0207852-14.2011.8.26.0000, Relator(a): Enio Zuliani; Comarca: Cotia; Órgão julgador: Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 08/11/2011)

Da fundamentação, extrai-se:

Cabe observar que a WIZARD manejou agravo (nº 0188494-63.2011.8.26.0000) buscando aumentar o campo da ordem de abstenção imposta pelo r. despacho e pretendeu paralisar as atividades da escola de idioma que estaria reproduzindo seu método particular e seu material didático. A tutela antecipada foi emitida após encerrada medida cautelar de produção de provas e foi estabelecido que os requeridos estavam impedidos de “usar os signos, métodos, tecnologias, marcas, know-how, materiais didáticos e administrativos, mídias digitais e todos outros desenvolvidos pela autora” (fls. 142). A ação promovida pela WIZARD busca inibir a reprodução da técnica de ensino captada por Nagib que, durante 6 anos, foi professor e coordenador pedagógico de uma das unidas franqueadas e que está, agora, introduzindo material similar (plágio).

Convenhamos: o indivíduo que quiser utilizar-se das vantagens de outro de má-fé, ao usurpar segredos de propriedade de outrem (como no caso acima citado), poderá facilmente fazê-lo nos contratos de franquia. O modelo de distribuição que fornece à estranho a “receita” de como criar uma unidade de sua empresa, é vulnerável. Ainda, qualquer funcionário pode facilmente extrair tais segredos como, por exemplo, filmando o interior da loja em momento oportuno, e mais: uma rede de 1.200 (mil e duzentas) unidades franqueadas como a Wizard⁸⁸, e que atende 360.000 (trezentos e sessenta mil) alunos/consumidores do mundo todo, que distribui individualmente seu material didático, torna o acesso de alcance extremamente amplo ao público em geral.

O que faz uma franquia de tamanho porte obter o sucesso que tem não é exclusivamente o material didático, e sim o poder de sua marca; sua metodologia; seu marketing – é a soma de todos os fatores.

Relembrando as palavras de Denis Borges Barbosa⁸⁹, o que define o *know how* não é o segredo de uma técnica, mas a falta de acesso por parte do público em geral ao conhecimento do modelo de produção de uma empresa. Se parte deste conhecimento se encontra de fácil acesso ao público (seja pelo alto número de unidades ou acesso fácil às intermediações), aquele conhecimento não pode ser considerado protegido pelo artigo 195, XI da Lei da Propriedade Industrial – muito menos a ponto de restringir, por dois anos, a concorrência de outrem.

Salienta-se, finalmente, que o término da relação por mero decurso do prazo, sem que a extinção tenha sido dada de forma imotivada por alguma das partes, não altera a eficácia da restrição à concorrência, em respeito ao princípio da autonomia da vontade e obrigatoriedade dos contratos (desde que não desmedida), bem como pelo cumprimento do princípio da boa-fé objetiva: se nenhuma das partes descumpriu com a expectativa de boa-fé na relação contratual, ambas devem respeitá-la e cumprir com o avençado.

Então, se as *vontades* das partes contratantes resultaram em cláusulas em que são transferidas *informações sigilosas* que potencialmente geram lucro, com a contraprestação de pagamento pecuniário e a promessa de não utilização delas por conta própria, devem as cláusulas *obrigatoriamente* ser respeitadas. Mas se houve violação tamanha por uma das partes que resultou na necessidade de rescisão do vínculo, com a quebra da *boa-fé* esperada, à parte inocente deve ser minimizado o prejuízo de tal desequilíbrio. Devolvem-se os materiais

⁸⁸ Disponível em <http://www.wizard.com.br/#ingles>, acesso em 25/11/2015.

⁸⁹ Ver item 2.1.1 deste trabalho.

que contém as informações, compromete-se o ex-franqueado a não as utilizar comercialmente, descaracteriza-se a loja, e o equilíbrio prepondera.

Dessa forma, é respondida a questão suscitada neste capítulo. O Estado não deve intervir para determinar o que tem mais “peso” na balança, já que ambos possuem proteção. Deve, sim, caso a caso, decidir com base nos princípios estudados no presente trabalho para obter o *reequilíbrio* das medidas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com números expressivos de faturamento no mercado brasileiro, a *franchising* merece estudo aprofundado mas possui, ainda, jurisprudência consideravelmente rasa. Questões com nível de especificidade elevado, como a levantada no presente trabalho, ainda pouco foram debatidas.

Apesar do contrato de franquia possuir lei própria⁹⁰ que trata da matéria, viu-se que não regula os direitos e obrigações das partes e, assim, dá aos contratantes liberdade para convencionar. Na prática do mercado, no entanto, existem cláusulas principais que estão presentes na maioria dos contratos dessa modalidade e, senão, em todos. Uma delas, é a cláusula de não-concorrência.

Tratou o presente trabalho de analisar os limites de validade e eficácia da restrição à concorrência frente aos princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa (arts. 1º e 170 da Constituição Federal), bem como dos que dela derivaram para tornarem-se princípios contratuais: a autonomia da vontade, a obrigatoriedade dos contratos, a função social e a boa-fé.

Paralelamente, objetivou-se demonstrar a importância de tal disposição para a proteção da propriedade industrial da empresa franqueadora, que dispõe seu de sua marca e de seu *know how* como objeto de um contrato mercantil. Para tanto, estudou-se a definição legal e tipicidade da conduta de concorrência desleal prevista no art. 195 da Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), relacionou-a com os casos de utilização indevida do segredo de negócio pelo ex-franqueado e observou-se a questão por outro prisma – se a restrição deve ser mantida quando a franqueadora quem deu azo à extinção do contrato e não haja utilização ilícita do *know how* pelo franqueado.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, conceituou-se o instituto dos contratos e logo objetivou-se a discussão dos princípios que tecem as relações negociais e a influência que deles se tem na interpretação legal de contratos e disposições contratuais. Foi narrada a breve evolução histórica da autonomia da vontade, princípio fundamental do Direito Contratual que outrora entendia-se irrestrito, e sua evolução a partir da segunda metade do século XX, quando passou a ser influenciado pelo Estado para tornar-

⁹⁰ Existem, todavia, perspectivas de alteração de tal regulamentação nos projetos de lei ns. 4.319/08, 3.234/12, 4.386/12 e 527/13.

se flexibilizada pela interpretação de sua função, além da privada, social, e dos princípios da boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.

Foi em seguida analisado o princípio da obrigatoriedade dos contratos decorrente da autonomia da vontade, para então discorrer sobre os princípios que geraram duas das chamadas cláusulas gerais dos contratos, cláusulas estas que mesmo não dispostas expressamente no instrumento particular, tem poder suficiente para limitar a liberdade de contratar e sobrepor parcialmente a autonomia da vontade – a função social e a boa-fé objetiva. Previstos nos arts. 421 e 422 do Código Civil, respectivamente, demonstrou-se que os contratantes são obrigados a comportarem-se da maneira correta e esperada de modo que o contrato não pode se transformar em instrumento para atividades abusivas. Senão, o juiz pode e deve, com base nos valores morais, sociais, jurídicos e econômicos, declarar a nulidade do contrato ou parte dele. Corroborado pelos precedentes juntados ao trabalho, as causas de extinção do vínculo contratual pela violação de tais princípios foram demonstradas, e encerrou-se o capítulo com a averiguação sobre o princípio constitucional da livre concorrência e as formas de concorrência desleal, com enfoque no desrespeito aos segredos de negócio.

No segundo capítulo, houve o estudo de modo aprofundado sobre o contrato de franquia em si, suas modalidades e a legislação vigente. Forma de distribuição de produtos e serviços, tal espécie contratual tem como peculiaridade a transferência do *know how* – conjunto de conhecimentos disponíveis a respeito do modelo de produção específico de uma empresa - à um empresário ou sociedade empresarial menos experiente. Demonstrou-se, então, as principais cláusulas que integram o contrato de franquia habitualmente no mercado, com foco na cláusula de não concorrência.

Finalmente, pela exposição realizada foi possível o debate teórico presente no terceiro capítulo, onde evidenciou-se tanto a validade e eficácia da limitação à concorrência segundo o entendimento do STF quanto seu emprego nos Tribunais de Justiça. A interpretação dos contratos pela jurisprudência com base nos princípios estudados no primeiro capítulo, em especial a violação da boa-fé objetiva, foi aplicada à hipóteses situacionais dos contratos de franquia, como a extinção do vínculo contratual sem a descaracterização do estabelecimento até chegar, por fim, a tese deste trabalho: as causas de resolução do contrato sem justa causa pela franqueadora e suas consequências.

Revelou-se que a cláusula de não concorrência tem fundamental importância para a proteção da propriedade industrial da franqueadora, mas que conjunturas como o inadimplemento de sua parte, a violação da exclusividade territorial do franqueado e denúncia

imotivada, fazem afronta aos princípios da boa-fé objetiva e acarretam na perda da função daquela disposição contratual. Viu-se que as consequências ao franqueado que atua em determinado ramo do mercado por longo período de tempo ultrapassam, nesses casos específicos, os limites da liberdade de contratar e permitem ao Estado, fundamentado na aplicação de tais princípios, declarar a invalidade da restrição ao caso concreto, desde que vedada expressamente a utilização de segredos e do *know how* da franqueadora – e evidenciaram-se as medidas judiciais apropriadas em caso de transgressão.

Espera-se ter sido possível, ante todo o exposto, adentrar ao mundo prático das negociações e práticas comerciais dos contratos de franquia e os efeitos reais das disposições lá estipuladas, para trazer equilíbrio às relações dessa espécie contratual, em observância às normas gerais que regem as relações privadas e o mercado.

REFERÊNCIAS

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WALD, Arnold. *Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, 9. ed. 1990, Vol II.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 13. ed., 1994.
- GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Contratos–Princípios gerais–Tendências do direito contratual contemporâneo–Abrandamento dos princípios tradicionais–Intervenção estatal crescente–Impacto do Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais/Fascículo Civil, 1999.
- FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *O princípio da livre concorrência na Constituição Federal*. Revista dos Tribunais, 1995.
- JÚNIOR, NERY. Nelson. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, volume 1: direito de empresa. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JAEGGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DINIZ, Davi Monteiro. *Propriedade industrial e segredo em comércio*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 2010.
- ROQUE, Sebastião José. *Direito das obrigações civis-mercantis*. Ícone, 2004.
- MARTINS DA SILVA, Américo Luiz. *Contratos comerciais*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*, Tomo IV, 2015.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 1993.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 9. ed. São Paulo, 2015.

ROQUE, Sebastião José. *Do contrato de franquia empresarial*. São Paulo, Ícone, 2012.

ALVES SCHNEIDER, Alexandre. *Franchising: da prática à teoria*. São Paulo: Maltese, 1991.

SCHWARTZ, Jose Castro. *Franquia de A a Z: O que você precisa saber*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.

ABRÃO, Nelson. *Da franquia comercial*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1994

REALE, Miguel. Disponível em
<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>

BARBOSA, Denis Borges. *A concorrência desleal, e sua vertente parasitária*, 2011, disponível em
<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca_desleal.pdf>

BARBOSA, Denis Borges. *Do segredo industrial*, 2002, p. 2, disponível em
<http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_tipos_knowhow.html>

BARBOSA, Denis Borges. *A doutrina da concorrência*, 2002, disponível em
<<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/concorrenca.html>>

<<https://www.wto.org/>>

<<http://www.abf.com.br/numeros-do-franchising/evolucao-do-setor-2003-2014/>>

<<http://www.franchise.org/>>

<http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/infos/inforoyalties_.htm>

<<http://www.wizard.com.br/#ingles>, acesso em 25/11/2015>

TJRJ, AC n. 2008.001.48433, Rel.: Celia Meliga Pessoa, J: 30/09/2008.

TJPR, AC n. 716759-9, 7ª C.Cível, Curitiba - Rel.: Guilherme Luiz Gomes – Unânime, J: 17/05/2011.

TJMG, AI: 10701130245460001 MG , Relator: José Marcos Vieira, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, J: 24/04/2014.

TJSP, AC n. 0048011-95.2010.8.26.0071, Rel.: Tasso Duarte de Melo; J: 25/02/2013.

TJSP, AC n. 0008489-18.2009.8.26.0032, Rel.: Enio Zuliani; J: 08/11/2011.

TJSP, AP n. 0012990-63.2013.8.26.0100; Relator(a): Fortes Barbosa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 03/07/2014.

TJSP, AC n. 9217427-29.2007.8.26.0000; Relator(a): Renato Siqueira De Pretto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado E; J: 10/12/2008.

TJSP, A.C. n. 0002496-95.2009.8.26.0451; Relator(a): Clóvis Castelo; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; J: 29/08/2011.

TJSP, AC n. 0048011-95.2010.8.26.0071; Relator: Tasso Duarte de Melo; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 25/02/2013.

TJSP, A.I n. 2019437-42.2013.8.26.0000 ; Relator(a): Ricardo Negrão; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 17/02/2014

TJSP, AC n. 9059071-77.2000.8.26.0000, Relator(a): Fernandes Lobo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; J: 28/08/2007.

TJSP, A.I n. 2150028-24.2015.8.26.0000, Relator(a): Teixeira Leite; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 07/10/2015.

TJSP, A.I n. 2114944-59.2015.8.26.0000, Relator(a): Fabio Tabosa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 03/08/2015.

TJSP, A.I n. 0207852-14.2011.8.26.0000, Relator(a): Enio Zuliani; Comarca: Cotia; Órgão julgador: Câmara Reservada de Direito Empresarial; J: 08/11/2011.

STJ, Recurso Especial n. 1.203.109 - MG (20100127767-0), Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, J: 5/05/2015.

Ato de Concentração n.º 08012.001856/02-45, de 26 de fevereiro de 2003, Requerentes: Coopers do Brasil Ltda. e Indústria Química e Farmacêutica Schering-Plough. In DOU de 2 de abril de 2003, Seção 1, pág. 38. O julgado dá como precedentes os AC nº 08012.000317/99-12 – Dyno Industries ASA e Placas do Paraná S.A., Conselheira-Relatora Hebe Romano e AC nº 08012.0002266/99-46 – Hebdo Mag Brasil Holding Ltda. e Editora Balcão Ltda., Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca.